

LEI N. 11.343/06 – A NOVA LEI DE DROGAS: A POSSE DE DROGAS PARA O CONSUMO PRÓPRIO E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Maurício Mansur Júnior¹

RESUMO

O presente estudo aborda os aspectos relevantes da Lei n. 11.343/06, intitulada Lei de drogas. O foco principal está no art. 28 da mencionada lei, alvo de maior controvérsia na doutrina e na jurisprudência. Questiona-se a ocorrência da descriminalização da conduta de posse de drogas para consumo próprio, bem como a ocorrência da sua despenalização. Algumas normas contidas na Constituição Federal, no Código Penal, na Lei de Introdução ao Código Penal e na própria legislação de drogas, o resgate às construções das teorias do delito, e institutos jurídicos peculiares do Direito Penal, presentes na nova lei de drogas, como a reincidência, formam um conjunto suficiente de fundamentos a sustentar a não ocorrência da descriminalização da conduta descrita no art. 28. Ademais, cabe destaque à inovação trazida pela lei, que pela primeira vez previu penas que até então eram aplicadas substitutivamente como penas principais, abandonando o ineficaz modelo da pena privativa de liberdade para os crimes de menor lesividade aos bens jurídicos. Questiona-se, outrossim, a constitucionalidade desse mesmo art. 28 da Lei n. 11.343/06, o qual, ao criminalizar conduta atinente única e exclusivamente à vida privada do indivíduo viola o art. 5º, inciso X da Constituição Federal. O estudo aborda, ainda, o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, no tocante à sua observância ou não pela novel legislação de drogas. Para tanto, lança uma reconstrução histórica desse princípio e a sua consolidação no ordenamento jurídico, passando a proteger a pessoa contra atuações arbitrárias do Estado. Concomitantemente, na sua dimensão objetiva, impõe ao Estado uma efetiva atuação no sentido de garantir o pleno exercício dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: drogas; Lei 11.343/06; dignidade humana.

¹ Graduando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – *campus* Coração Eucarístico. Correio eletrônico: Trabalho desenvolvido sob orientação do Prof. Dr. Leonardo Isaac Yarochevsky.

1. INTRODUÇÃO

A promulgação da Lei n. 11.343/06 veio colocar termo à desorganização legislativa que imperava no que concerne ao controle, prevenção e repressão às drogas até então. Anteriormente, a matéria era tratada na Lei n. 6.368/76, derogada na sua parte processual pela Lei. 10.409/2002. O aspecto material, porém, continuou atrelado à legislação anterior. No intuito de unificar a legislação sobre drogas em um só texto normativo e adequá-lo ao avanço social e às suas conseqüentes necessidades, o Projeto de Lei n. 7.134/02 resultou na Lei n. 11.343/06.

O presente estudo se propõe a discutir as principais inovações trazidas por essa legislação. Para tanto, serão concentrados os esforços na análise do art. 28, sem sombra de dúvida o ponto de maior mudança em relação à lei anterior e o marco da quebra de um paradigma no que tange ao tratamento dado ao usuário de drogas.

O art. 28 da Lei de drogas aboliu a aplicação da pena privativa de liberdade ao portador daquela substância destinada a seu próprio consumo. Conseqüentemente, surgiu a discussão doutrinária se esse fato não seria bastante a caracterizar a descriminalização da conduta no Brasil, como já ocorreu em alguns países europeus. Para tanto, o estudo trará os argumentos adotados por ambas as correntes doutrinárias que defendem a descriminalização da conduta ou a sua manutenção dentro da seara do Direito Penal. Ademais, no tocante às novas penas trazidas pelo legislador para as hipóteses do art. 28, serão feitas considerações sobre a pertinência e adequação das penas ao contexto do Estado Democrático de Direito, bem como serão conceituadas as diversas formas de despenalização e verificada se esta ocorreu na lei sob análise.

A avaliação das questões colocadas enseja uma congruência com os direitos fundamentais e, conseqüentemente, um estudo sobre o paradigma constitucional a esse respeito. Com efeito, o estudo do art. 28 da Lei n. 11.343/06 impõe o desenvolvimento de prévias considerações sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais e os princípios constitucionais do Direito Penal, haja vista estar-se diante de questões que envolvem a liberdade individual, as condições e medidas da intervenção do Estado nessa esfera individual e a observância da dignidade da pessoa humana por ocasião dessa intervenção estatal.

A dignidade da pessoa humana apresenta-se como fundamento da República Federativa do Brasil e, junto aos direitos fundamentais, envolvem o indivíduo em uma cápsula de proteção contra arbitrariedades e abusos do poder estatal. Concomitantemente, essas garantias são vistas sob uma dimensão objetiva, exigindo do Estado ações e medidas tendentes a efetivar a garantia e proteção desses direitos.

Qualquer atuação estatal enseja a observância estrita dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais basilares do Estado Democrático de Direito, de modo a atender ao modelo garantista que após muitos esforços e lutas foi consolidado no paradigma pós-moderno. Não obstante, o estudo ora desenvolvido apresenta exemplos de aberrações legislativas impulsionadas pelo clamor midiático e social que suprime direitos fundamentais. Crimes de extrema repercussão social e a sensação de insegurança fazem com que a sociedade e grande parte da mídia questionem o modelo garantista vigente, reclamando medidas legislativas que retrocedem aos já superados modelos penais exclusivamente retributivos, suprimindo os direitos fundamentais. O legislador, no mais das vezes motivado por essa massificação intelectual que afasta a racionalidade, promulga leis que afrontam os princípios e garantias constitucionais, como a hedionda Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8.72/90).

Serão tecidas, ainda, algumas considerações sobre os modelos de políticas-criminais sobre drogas adotadas no continente europeu, nos Estados Unidos da América e nos países latino-americanos, sobretudo no Brasil, no sentido de identificar o rumo que vem tomando o tratamento sobre as drogas desde o período pós-segunda guerra, mormente com as Convenções da Organização das Nações Unidas (ONU), a Convenção de Viena sobre drogas, de 1988, e as conseqüentes produções legislativas internas dos Estados signatários.

A doutrina vem questionando a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei n. 11.343/06. Argumenta que a Constituição Federal, no seu art. 5º, inciso X assegura o direito à vida privada e à intimidade e que o art. 28 pune uma conduta que pertence, tão-somente, à esfera particular do indivíduo, dizendo respeito exclusivamente a ele, enquanto não lese direitos de terceiros, não sendo passível de qualquer intervenção pelo Estado. Ademais, faltaria ao art. 28 um bem jurídico a ser tutelado, o qual, em tese, seria a saúde privada. Contudo, faltando ao Estado o poder para intervir nessa esfera particular, restaria o disposto no art. 28 inconstitucional, o que esvaziaria o bem jurídico constitucional-penal tutelado por esse dispositivo legal.

Por fim, o último ponto analisado no trabalho toca à violação de princípios constitucionais e penais pela Lei n. 11.343/06, princípios estes basilares do Estado

Democrático de Direito. Questiona-se a supressão de institutos jurídicos como o da liberdade provisória, no crime de tráfico (art. 33 da Lei de drogas), o que afronta o princípio da presunção de inocência. Também a violação aos princípios da humanidade e da proporcionalidade, pela distorção entre a gravidade da conduta e os limites da pena, sobretudo o limite mínimo, fixado em patamares extremamente elevados e não condizentes com os princípios garantistas. Por fim, a violação ao princípio da taxatividade, ao prever tipos penais genéricos, que rechaçam a segurança jurídica tão buscada e defendida no sistema constitucional.

2. DIREITO PENAL E CONSTITUIÇÃO: INCIDÊNCIA DA DIGNIDADE HUMANA SOBRE OS PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL

2.1. O posicionamento do Direito Penal no paradigma constitucional democrático do Direito

A construção do Direito Penal nos moldes democráticos passa por um processo de vinculação entre a disciplina criminal e o Direito Constitucional. Esse processo de interdisciplinaridade se faz de modo formal, devido à supremacia constitucional sobre as outras normas. Desta arte "é um lugar-comum ter o direito penal de submeter-se a seu quadro, como corresponde a um estado constitucional de direito." (ZAFFARONI; BATISTA, 2003, p. 319). Portanto, não se fala do Direito Penal por si só, mas efetivamente de um Direito Penal Constitucional.

Ainda de acordo com o pensamento dos renomados penalistas:

O nexu funcional entre os dois saberes se evidencia na caracterização do Direito Penal como um apêndice do Direito Constitucional, em razão de ser o instrumento de contenção do estado de polícia que permanece encapsulado dentro de todo o estado de direito historicamente dado. (ZAFFARONI; BATISTA, 2003, p. 319).

Ou seja, o Direito Penal atua na margem de regular a pretensão punitiva estatal, sem, contudo, olvidar-se de seus postulados fundamentais.

Em suma, a Constituição Federal, com seu atributo de rigidez, apresenta-se como a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Assim, “todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal.” (SILVA, 2001, p. 46). Isso inclui, portanto, o Direito Penal.

Dentro dessa linha de raciocínio, nos deparamos com a convergência dos princípios do Direito Penal com os fundamentos consubstanciados na nossa Constituição, dentre os quais, a dignidade da pessoa humana. Essa adequação integra a Ciência Penal, com todo o seu arcabouço de princípios, regras e institutos, ao paradigma do Estado Democrático de Direito.

Além disso, a doutrina hodierna não discorda acerca da importância do Direito Penal no sentido de efetivar esse princípio, como se pode concluir das palavras de Dotti:

Em todos os trechos do funcionamento do sistema, o Homem deve ser a medida primeira e última das coisas, razão pela qual se proclama que na categoria dos direitos humanos, o Direito Penal é o mais relevante, o de maior transcendência (DOTTI, 1998, p. 154).

2.2. O princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais

Traçada a relação entre o Direito Penal e o Direito Constitucional, o presente tópico abordará a incidência dos princípios constitucionais sobre os institutos do Direito Penal, sendo que o mais importante é o princípio da dignidade da pessoa humana. Para tanto, o estudo desse princípio demanda uma reconstrução histórico-jurídica, sendo que o seu conceito, nos moldes em que se apresenta hoje, é o resultado de evoluções sobretudo no âmbito social. Muito importante, ao se iniciar a análise desse “meta-princípio”, é mostrar o escopo a que se volta a dignidade da pessoa humana, o que fica claro nas palavras da Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha, na introdução do seu livro *O Direito à vida digna*:

O princípio da dignidade humana é o fio condutor dos direitos fundamentais nestes tempos de tantos avanços das coisas e das técnicas e de tantos riscos das investidas e investimentos feitos em detrimento do viver justo, que é pelo que lutam os homens de todos os tempos. É tempo de responsabilidade. Mas, principalmente, é tempo de responsabilizar-se cada um por todos, para que o direito não positive ilusões, antes, concretize humanidades. (ROCHA, 2004, p. 10).

2.2.3. O significado etimológico e a evolução histórica do princípio da dignidade da pessoa humana

Vinda do latim *dignitates*, o significado de “dignidade”, desde o final do século XI, representava um tratamento honorífico, e referia-se ao cargo que conferia ao indivíduo uma posição graduada. Note-se que o termo, à época, em nada se vinculava ao aspecto moral e jurídico que recebeu já nos tempos contemporâneos. Somente no século XVIII é que o termo passou a se referir propriamente à condição da pessoa humana e, no período pós-guerra, já no século XX, a dignidade passou a ser estreitamente relacionada aos direitos fundamentais.

A degradação da pessoa chegou ao seu apogeu com o nazi-fascismo, que massacrou milhões de pessoas. Pode ser que o direito à vida digna não passasse a ser um princípio, ou melhor, um meta-princípio, do direito contemporâneo, se milhares de pessoas não tivessem sido exterminadas em Auchwitz, ou, ainda, se outras milhares não fossem submetidas a viverem nos guetos de Varsóvia. Talvez essas fossem as condições para que a pessoa se tornasse um fim para o Estado e para o Direito.

Por trás do nazi-fascismo existia uma grande estrutura científica e jurídica para legitimar toda aquela barbárie. Ingo Wolfgang Sarlet², em artigo publicado em 2003, menciona o estudo feito por Francisco Muñoz Conde sobre Edmund Mezger e o Direito Penal de seu tempo. Ele destaca a colaboração dos denominados “juristas terríveis³” para a consolidação do nacional-socialismo, onde, em nome do positivismo legalista e formalista aplicavam-se penas extremamente duras, chegando-se, em um grande número de casos, à condenação à pena de morte ou internação em campos de concentração.

Ingo Sarlet traz uma noção mais exata da dimensão da barbárie praticada, sob as rédeas das normas jurídicas:

Mais que as vicissitudes de uma época, vale lembrar que das 60.000 penas de morte aplicadas durante o regime nazista, cerca de 40.000 foram pronunciadas por tribunais militares, e, pelo menos, outras 16.000 foram ditadas por tribunais civis (sem contar as milhares de internações em campos de concentração). (SARLET, 2003, p. 87).

² O artigo foi publicado na Revista de Estudos Criminais, de Porto Alegre-RS, na sua edição n. 12, em 2003, sob o título: *Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*.

³ Sobre os mencionados juristas e as teses por eles sustentadas, será abordado novamente o tema no tópico destinado à apresentação das teorias do delito e o desenvolvimento do pensamento jurídico-penal, onde serão abordados nomes como o dos positivistas Rafael Garofalo, Enrico Ferri e Cesare Lombroso, além do já mencionado Edmund Mezger.

A resposta não tardou. Os diplomas legais, como a Carta das Nações Unidas⁴, em 1945, e a Declaração dos Direitos do Homem⁵, em 1948, trouxeram garantias à dignidade da pessoa humana. No Brasil, a sua constitucionalização se deu com a Constituição da República de 1988. Foi nesse texto legal que, pela primeira vez, veio uma menção expressa à dignidade da pessoa humana, o que não havia nas Constituições precedentes. Com essa inclusão do princípio da dignidade humana na Lei Maior, toda a construção jurídica passa a ter por fundamento, no seu desenvolvimento, esse princípio constitucional. A dignidade da pessoa humana veio elencada no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Nesse contexto, a dignidade se apresenta como norma jurídica positivada, indo além do aspecto moral e ético nela inserido. Esse princípio atua como alicerce da construção do Estado Democrático de Direito e vincula-se, ainda, a todos os direitos fundamentais, assegurando aos homens condições políticas, sociais, econômicas e jurídicas de desenvolvimento. A dimensão da dignidade humana vai além da proteção física da pessoa. Pauta-se nos fundamentos da integridade, intangibilidade e inviolabilidade da pessoa humana.

2.2.4. Conceito e importância do princípio da dignidade da pessoa humana e a sua relação com os direitos fundamentais

A dignidade humana não decorre apenas de previsão pelo ordenamento jurídico de um ou outro Estado. Ela é preexistente, encontra-se presente mesmo onde há omissão do Direito em reconhecê-la. Nesse sentido, destacamos o ensinamento de Ingo Wolfgang Sarlet:

Assim, vale lembrar que a dignidade evidentemente não existe apenas onde é reconhecida pelo Direito e na medida que este a reconhece, já que constitui dado prévio, no sentido de preexistente e anterior a toda experiência especulativa. (SARLET, 2007, p. 43).

⁴ “nós, os povos das Nações Unidas, resolvidos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade dos direitos dos homens e das mulheres, assim como nas nações grandes e pequenas [...]”

⁵ art. 1º: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. São dotados de razão e de consciência e devem agir uns para com os outros num espírito de fraternidade.”

Todo homem é titular dos direitos fundamentais, sendo a dignidade da pessoa humana o mais importante princípio que norteia os direitos fundamentais, e o que melhor os expressa. Os conceitos de dignidade humana e de direitos fundamentais não são conflitantes entre si, mas, ao contrário, completam-se. Nada obsta, outrossim, a existência de direitos fundamentais autônomos. Contudo, a dignidade humana, sob uma análise estrita, não pode ser equiparada a direito fundamental em todos os seus contornos. Isso porque não se fala em “direito fundamental à dignidade”. A dignidade é inerente à pessoa, não pode dela ser retirada. O que pode ocorrer, entretanto, são violações ao pleno desenvolvimento da dignidade.

Incumbe ao Estado propiciar condições necessárias à existência e desenvolvimento dignos da pessoa; condições, estas, que dizem respeito, respectivamente, ao direito à vida e ao direito a viver dignamente. Esse tratamento deve ser dispensado a todos os cidadãos, independentemente da raça, sexo, religião ou convicção ideológica. O direito à vida assegura ao homem a inviolabilidade da sua integridade física e psíquica. Essa garantia impede que o homem seja alvo de tortura, maus-tratos e penas degradantes. O direito à vida engloba, enfim, todo o rol dos bens jurídicos tutelados pelo ordenamento jurídico. O direito à vida digna, por sua vez, refere-se a todos os aspectos de desenvolvimento e aperfeiçoamento da estabilidade social. O direito a uma alimentação suficiente a atender às exigências do corpo, o acesso à saúde, à educação, à cultura e a todos os bens que permitam ao homem uma existência digna. Qualquer violência que, porventura, atinja a dignidade humana, deve ser reprimida e combatida pelo Estado. Mister destacar que o combate aos atos atentatórios contra a dignidade da pessoa humana refere-se tanto àqueles atos oriundos de civis quanto daqueles praticados pelo próprio Estado. Nesse sentido, Celso Ribeiro Bastos (1988) destaca que tanto as condições degradantes e desumanas de vida quanto a prática da tortura, em suas diversas modalidades, impedem a existência digna da pessoa e, por conseguinte, devem ser combatidas.

O uso e recurso ao princípio da dignidade humana tornaram-se habituais pela jurisprudência⁶ e pela doutrina. O próprio trabalho legislativo fundamenta-se na dignidade

⁶ O entendimento jurisprudencial vem se adequando ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, importante foi a decisão do Supremo Tribunal Federal que, levando em consideração a dignidade da pessoa humana e o princípio da individualização da pena, passou a admitir a progressão de regime nos crimes hediondos. **HC 82959**. Voto do Min. Cezar Peluzo: Evidente, assim, que, perante a Constituição, o **princípio da individualização da pena** compreende: a) proporcionalidade entre o crime praticado e a sanção abstratamente cominada no preceito secundário da norma penal; b) individualização da pena aplicada em conformidade com o ato singular praticado por agente em concreto (dosimetria da pena); c) individualização da sua execução, segundo a dignidade humana art. 1º, III), o comportamento do condenado no cumprimento da pena (no cárcere ou fora dele, no caso das demais penas que não a privativa de liberdade) e à vista do delito cometido (art. 5o, XLVIII). (grifos nossos). (BRASÍLIA, STF. HC 82959, Rel. Min. Marco Aurélio, 2006).

humana. O sentido conceitual empregado, no entanto, acerca desse princípio, apresenta-se com variações, o que demonstra a ambigüidade na sua utilização. Um conceito abstrato e consensual ainda não foi obtido, restando traçar contornos vagos e imprecisos, que não obstam, entretanto, a sua operacionalidade face ao caso concreto. Pelo contrário, demonstra ser um “princípio aberto”, ou seja, em construção, tornando possível ao ordenamento jurídico acompanhar e atender às demandas sociais. Na obra *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, Ingo Wolfgang Sarlet repisa e complementa o que foi apresentado acerca da imprecisão conceitual da dignidade humana:

Nesse contexto, costuma apontar-se corretamente para a circunstância de que a dignidade da pessoa humana (por tratar-se, à evidência – e nisto não diverge de outros valores e princípios jurídicos – de categoria axiológica aberta) não poderá ser conceituada de maneira fixista, ainda mais quando se verifica que uma definição desta natureza não harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas, razão pela qual correto afirmar-se que (também aqui) nos deparamos com um conceito em permanente processo de construção e desenvolvimento. (SARLET, 2007, p. 42).

Qualquer tentativa de conceituar a dignidade humana deve necessariamente passar pelas dimensões ontológica, histórico-cultural e negativa/prestacional que envolvem esse princípio. Seguindo esses critérios, no intuito de conseguir o mínimo de objetividade conceitual, Sarlet apresenta uma proposta de conceituação satisfatória, que cumpre com os aspectos múltiplos pelos quais se apresenta a dignidade humana, conceituando-a como:

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2007, p. 62).

Ao destacar o caráter absoluto do princípio da dignidade da pessoa humana, a autora Carmen Lúcia Antunes Rocha (2004) remonta à filosofia kantiana. Kant vislumbra a pessoa não como um meio, mas como um fim, devendo tratar a si mesmo e ao outro segundo essa concepção. Para tanto, Kant distinguiu as coisas a que se atribui um preço daquelas a que se atribui dignidade. Ao preço cabe uma valoração, valor esse que possibilita a substituição ou troca da coisa por outra, com a mesma valoração. Já à dignidade não se possibilita uma

atribuição valorativa. É considerada como essência, não passível de valoração, ou seja, absoluta. Nesse contexto é que a dignidade humana desvinculou-se da concepção cristã, preconizada por Tomás de Aquino, para adquirir a concepção laica. Essa noção diverge, ainda, da que foi posteriormente sustentada por Hegel, para quem a dignidade não é algo inerente ao ser humano, mas é adquirida a partir do momento em que o homem assume o papel de cidadão. Dessa maneira destacou Ingo Wolfgang Sarlet: “É com Kant que, de certo modo, se completa o processo de secularização da dignidade, que, de vez por todas, abandonou suas vestes sacrais.” (SARLET, 2007, p. 32-33).

O destaque dado ao princípio da dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo e a constante exigência quanto à sua observância não obsta o paradoxo instaurado entre os ditames constitucionais e a realidade social. Parece que os atos cotidianos ainda não estão envoltos ou pautados nessa que, muito além de ser uma previsão constitucional e alicerce do Estado Democrático de Direito, é uma questão humanitária. Nesse diapasão, muito realista, esclarecedora e feliz foi a colocação da Ministra Carmen Lúcia acerca da observância da dignidade humana nos tempos atuais:

O conceito mais forte e denso (e tenso) do constitucionalismo contemporâneo parece ser exatamente o da dignidade. Sobre ele escrevi antes que há gente demais e humanidade de menos no mundo em que vivo. Talvez não falte tanta humanidade quanto falte dignidade. Vivo num mundo onde há enorme contingente de pessoas e óbvia carência de fraternidade. O mundo cresceu, a multidão aumentou, os problemas dos homens, também. (ROCHA, 2004, p. 26 e 27).

Ainda neste paralelo traçado entre a previsão constitucional do princípio da dignidade humana e a realidade social, outro trecho merece ser trazido, dada a sua clareza em demonstrar a realidade social, mormente nas grandes metrópoles brasileiras:

No Brasil, esse princípio constitucionalmente expresso convive com subhomens empilhados sob viadutos, crianças feito pardais de praça, sem pouso nem ninho certos, velhos purgados da convivência das famílias, desempregados amargurados pelo seu desperdício humano, deficientes atropelados em seu olhar sob as calçadas muradas sobre a sua capacidade, presos animalados em gaiolas sem porta, novos metecos errantes de direitos e de Justiça, excluídos de todas as espécies, produzidos por um modelo de sociedade que se faz mais e mais impermeável à convivência solidária dos homens. (ROCHA, 2004, p. 28).

No próximo tópico, focando nesses aspectos descritos pela autora, serão traçados, de maneira sucinta, a discussão que se trava sobre uma possível crise dos direitos fundamentais e da influência da globalização e da mídia nesse contexto.

Antes, porém, ainda no tocante ao paradoxo instaurado entre o princípio da dignidade humana e a realidade social, merecem ser feitas algumas considerações⁷ sobre a necessidade de se considerar os direitos fundamentais e o princípio da dignidade humana no seu aspecto subjetivo e, também, objetivo.

A dimensão⁸ objetiva dos direitos fundamentais ganhou maior relevância no pós-segunda guerra. Ingo Sarlet (2003) menciona a decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, no caso *Lüth*, em 1958, que destacou o “efeito irradiante” dos direitos fundamentais e expandiu a sua órbita de direito subjetivo para objetivo. Isso significa dizer que além de condicionante da atuação do Poder Público, na sua dimensão subjetiva, os direitos fundamentais também se apresentam na dimensão objetiva, abrangendo todo o ordenamento jurídico e fornecendo diretrizes para a atuação dos órgãos legislativo, judiciário e executivo. Os direitos fundamentais, outrossim, avançaram do seu aspecto negativo para o positivo, ou seja, direcionando também as ações públicas, e não somente resguardando os indivíduos das investidas do Poder Público.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais, por derradeiro, também se estende à dignidade da pessoa humana, conforme explica Ingo Sarlet:

Que também a dignidade da pessoa humana – na condição precisamente de valor e princípio central e fundamental da ordem jurídico-constitucional apresenta uma dimensão objetiva (até mesmo pelo fato de os direitos fundamentais, pelo menos em princípio, nela encontrarem o seu fundamento e referencial) resulta evidente, dispensando aqui maior referência. (SARLET, 2003, p. 98).

Não se pretende dizer, contudo, que a todo direito fundamental na dimensão subjetiva deva corresponder um direito objetivo. Existe autonomia entre elas. A dimensão objetiva agrega funções à subjetiva, reforçando a “juridicidade das normas fundamentais⁹”.

Com efeito, atribui-se à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais a função de comando mandamental ao Estado de permanentemente concretizar, prover e realizar os direitos fundamentais.

⁷ O assunto ora abordado ensejaria maior detalhamento, dado o seu amplo conteúdo temático e as polêmicas geradas a seu respeito. Para que não se extrapole o tema proposto neste estudo, sugere-se a leitura do artigo do autor Ingo Wolfgang Sarlet, que desenvolve o assunto de maneira aprofundada, intitulado *Constituição e proporcionalidade: O Direito Penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. Revista de estudos criminais, n. 12, 2003, Porto Alegre-RS.

⁸ A expressão *dimensão* não deve ser, aqui, confundida com *geração*, mas sim entendida no sentido de *perspectiva* ou *aspecto*.

⁹ Ingo Sarlet (2003) caracteriza a perspectiva objetiva como uma mais-valia jurídica, a qual pode ser aferida por meio de categorias funcionais desenvolvidas pela doutrina e pela jurisprudência, reforçando os direitos fundamentais.

2.3. A crise dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito e a sua relação com a globalização e a mídia

É inegável e incontestável a importância da atividade da mídia, sobretudo no mundo globalizado do século XXI. O que não se justifica, entretanto, é que a atuação da mídia formadora de opinião funcione como instrumento de repasse de uma verdade distorcida à sociedade¹⁰.

Com o intuito de exemplificar o que foi abordado, aponta-se para a idéia que se vende no sentido de que é um absurdo toda a sociedade arcar com os custos de manutenção de uma pessoa encarcerada. Difunde-se, ainda, o quão absurdo se faz a sociedade ter que sustentar a ociosidade de criminosos. Essa idéia apresentada e difundida na sociedade, com o auxílio da mídia, leva-se a pensar que esses presos vivem em repartições similares a hotéis de alto luxo. Na verdade, são seres humanos sobrepostos uns aos outros, expostos ao contágio de inúmeras moléstias, sem qualquer condição digna de existência que, a qualquer pessoa, mesmo aos criminosos, deve ser garantida.

A mídia contribui, indubitavelmente, para a criação de políticas criminais violadoras dos direitos fundamentais. É o que lecionou Juarez Tavares, em palestra proferida no Rio de Janeiro e que foi mencionada por Sarlet em um dos seus brilhantes artigos publicados, o qual, parafraseando o teor do discurso do renomado penalista, afirma:

Não se pode negligenciar o papel da mídia na “construção” de uma política criminal cada vez mais despótica e casuística, o que se torna perceptível a partir da influência dos meios de comunicação sobre a legislação penal, assim como pela tendência – que entre nós poderia ser facilmente demonstrada a partir de alguns exemplos¹¹ – do legislador atuar de modo casuístico e, no mais das vezes, movido pela pressão da sociedade em assegurar padrões toleráveis de segurança contra a criminalidade, sem maior preocupação com os resultados concretos e, menos ainda, com a legitimidade constitucional das opções tomadas¹². (SARLET, 2003, p. 95).

¹⁰ Um estudo interessante realizado sobre o assunto resultou na publicação da obra : Balas perdidas – Um olhar sobre o comportamento da imprensa brasileira quando a criança e o adolescente estão na pauta da violência. Mais detalhes sobre o estudo realizado estão disponíveis em: http://www.naoviolenca.org.br/sobre/sobre_amidi.htm.

¹¹ O exemplo mais lamentável que se tem no ordenamento jurídico pátrio é a Lei n. 8.072/90, que trata dos crimes intitulados “hediondos”.

¹² Ingo Sarlet completa com a lição de Zaffaroni, destacando que “uma ‘mídia espetáculo’ acaba por produzir um ‘político espetáculo’ e a edição de uma legislação penal distorcida (já que movida pelo objetivo maior da publicidade) e, no mais das vezes, reprodutora da violência e exclusão.”

As violações aos direitos fundamentais se devem, em grande parcela, embora não exclusivamente, aos efeitos negativos da globalização, no contexto do neoliberalismo, o que resulta no enfraquecimento do Estado Democrático de Direito. Ingo Sarlet (2003) parte da lição de Ferrajoli para expor a crise que se instaura nos sistemas democráticos em virtude da fragilização do Estado e do surgimento das “empresas-partido” e “empresas-governo”, o que se faz notar concretamente nas discussões acerca da privatização dos estabelecimentos penitenciários e da execução das penas em geral. A flexibilização do Estado atinge níveis que o retira da condição de promotor e executor dos direitos fundamentais e das instituições democráticas.

O Estado sem forças para proteger os cidadãos que se colocam sob a sua tutela, propicia níveis alarmantes de exclusão social, como destaca Ingo Sarlet, trazendo à baila as lições de José Eduardo Faria:

[...] Os seguimentos excluídos da população, vítimas das mais diversas formas de violência física, simbólica ou moral – resultantes da opressão socioeconômica – acabam não aparecendo como portadores de direitos subjetivos públicos, não podendo, portanto, nem mesmo serem considerados como verdadeiros “sujeitos de direito”, já que excluídos, em maior ou menor grau, do âmbito de proteção dos direitos e garantias fundamentais. (SARLET, 2003, p. 90).

São inquestionáveis as conquistas obtidas com o fim do modelo de Estado intervencionista e controlador. Com isso impediu-se que o próprio Estado violasse os direitos fundamentais. Contudo, a progressiva desnacionalização, desregulamentação e desestatização têm retirado do Estado a sua função de guardião e promotor dos direitos fundamentais.

A impotência do Estado em garantir a efetividade dos direitos sociais vincula-se diretamente à expansão do modelo político-econômico que acarreta na exclusão social. As conseqüências desse modelo são as constantes agressões aos bens fundamentais e o aumento da violência social.

Interessante notar que as constantes violações aos direitos fundamentais, rotineiramente observadas, estão aumentando o clamor público, o qual, inconscientemente, invoca a majoração dessas violações. Não se pleiteia a estrita observância dos direitos fundamentais consagrados seja pelo texto constitucional, infraconstitucional ou pelos princípios dos direitos. O que se tem almejado, ultimamente, é a coibição dessas violações através da mitigação de outros direitos fundamentais. Dessa forma complementa o jurista Ingo Sarlet:

Da mesma forma, chama a atenção o quanto têm crescido as manifestações, nos mais variados segmentos da população, em prol da pena de morte, da desconsideração pelos mais elementares garantias da ampla defesa e do devido processo legal, do apoio à redução da idade penal para os adolescentes, da pressão em prol do agravamento significativo das penas ou mesmo pela introdução de um sistema similar (e altamente questionável) ao modelo da “tolerância zero” tal como praticado em alguns pontos dos EUA, tudo revelando que cada vez menos se toma a sério os direitos fundamentais, inclusive no que diz com a sua dimensão solidária, emancipatória e promocional. (SARLET, 2003, p. 93).

Não obstante a crise pela qual passam os direitos fundamentais, o que coloca em risco o próprio Estado Democrático de Direito, não podemos olvidar que são eles que regem todas as relações jurídicas, tratando-se de normas cogentes.

3. OS PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL CONSAGRADOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

3.1. Considerações iniciais

Ao mesmo tempo em que os institutos penais cuidam pela consubstanciação da dignidade humana, essa serve de referência para todos os seus princípios. Dessa forma, o Direito Penal observará, nas fases de elaboração, aplicação e execução das normas, o princípio que determina o homem como um fim em si mesmo.

A seguir são feitas algumas considerações fundamentais sobre alguns princípios penais - limitadores do poder punitivo estatal - elevados ao status de norma constitucional, e que exprimem, direta ou reflexamente, o princípio da dignidade da pessoa humana:

3.2. Princípio da legalidade

Também denominado de princípio da **reserva legal**, o princípio da legalidade vem enunciado no artigo 1º do Código Penal brasileiro¹³, e tem base expressamente prevista no art. 5º, inciso XXXIX da CRFB¹⁴.

O princípio da legalidade preceitua que não há crime, nem pena ou medida de segurança sem prévia lei. Ou seja, esse princípio expressamente previsto no ordenamento jurídico veda a existência de infração penal ou de sanção penal sem que haja previamente uma lei que os defina. Cesare Beccaria foi um dos primeiros a tratar desse princípio, em 1764, na sua obra, *Dos delitos e das penas*, conforme se destaca:

A primeira consequência que se tira desses princípios é que apenas as leis podem indicar as penas de cada delito e que o direito de estabelecer leis penais não pode ser senão da pessoa do legislador, que representa toda a sociedade ligada por um contrato social.

Ora, o magistrado, que é parte dessa sociedade, não pode com justiça aplicar a outro partícipe dessa sociedade uma pena que não esteja estabelecida em lei; e a partir do momento em que o juiz se faz mais severo do que a lei, ele se torna injusto, pois aumenta um novo castigo ao que já está prefixado. Depreende-se que nenhum magistrado pode, mesmo sob o pretexto do bem público, aumentar a pena pronunciada contra o crime de um cidadão. (BECCARIA, 2004, p. 20).

Foi na obra de Feuerbach em que formulou-se a expressão latina *Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*. O princípio da legalidade representa uma garantia do indivíduo contra as intervenções estatais arbitrárias, corolário decorrente da Revolução Francesa.

O princípio da legalidade é conjugado no seu aspecto formal e material, ou substancial. O primeiro diz respeito à anterioridade de lei formal que defina o crime ou fixe o *quantum* da pena. O aspecto material, por sua vez, exige que a definição legal esteja cercada de várias outras garantias. Luigi Ferrajoli, considera o princípio da legalidade estrita dependente de duas condições, sendo o primeiro o caráter formal/legal do critério de definição do desvio e o segundo como o caráter empírico ou fático das hipóteses de desvio legalmente definidas. Com a genialidade que lhe é peculiar, Ferrajoli faz as seguintes considerações:

¹³ Art. 1º. Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal. (BRASIL, 1940).

¹⁴ Art. 5º, XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. (BRASIL, 1988).

O desvio punível, segundo a primeira condição, não é o que, por características intrínsecas ou ontológicas, é reconhecido em cada ocasião como imoral, como naturalmente anormal, como socialmente lesivo ou coisa semelhante. É aquele formalmente indicado pela lei como pressuposto necessário para a aplicação de uma pena, segundo a clássica fórmula *nulla poena et nullum crimen sine lege*. Por outra parte, conforme a segunda condição, a definição legal do desvio deve ser produzida não com referência a figuras subjetivas de *status* ou de autor, mas somente a figuras empíricas e objetivas de comportamento, segundo a outra máxima clássica: *nulla poena sine crimine et sine culpa*¹⁵. (FERRAJOLI, 2002, p. 30).

O caráter absoluto do princípio da reserva legal obsta a delegação de competências pelo poder legiferante. A norma jurídica que cria, modifica ou extingue infrações penais e as respectivas sanções deve emanar do Poder Legislativo, única e exclusivamente. Com isso, afasta-se o Poder Executivo, e os seus respectivos interesses políticos, da intervenção na seara da normação penal. Essas garantias criminais e penais complementam o princípio da legalidade. A mesma função tem as garantias jurisdicional e de execução, também consolidadas na Constituição Federal, que asseguram: o processamento e julgamento somente pela autoridade competente¹⁶; a presunção de inocência¹⁷; o cumprimento da pena e da medida de segurança na forma prescrita em lei¹⁸; e, por fim, o respeito à integridade física e moral dos presos¹⁹.

O princípio da taxatividade ou da determinação apresenta-se como uma das garantias que circundam o princípio da legalidade. Com a observância desse princípio, segundo Luiz Regis Prado, “procura-se evitar o *arbitrium iudicis* através da certeza da lei, com a proibição da utilização excessiva e incorreta de elementos normativos, de casuísmos, cláusulas gerais e de conceitos indeterminados ou vagos.” (PRADO, 2005, p. 143).

Vale, oportunamente, ser mencionado, embora pretenda-se retomar esse assunto mais adiante, a atual tendência legislativa brasileira e do mundo em geral de aumentar o rigor punitivo contra aqueles que cometam crimes relacionados a drogas, em flagrante inobservância ao princípio da legalidade. Maria Lúcia Karam ilustra com clareza o que se pretende expor:

¹⁵ Luiz Regis Prado (2005) traz em sua obra outras garantias que Ferrajoli considera fundamentais para a legalidade penal, no seu sentido estrito: *nulla Lex poenalis sine necessitate, sine iniuria, sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione*.

¹⁶ Art. 5º, LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente. (BRASIL, 1988).

¹⁷ Art. 5º, LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. (BRASIL, 1988).

¹⁸ Art. 5º, XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado. (BRASIL, 1988).

¹⁹ Art. 5º, XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral. (BRASIL, 1988).

A Convenção de Viena introduz ainda como figuras autônomas a instigação ou a indução em público, por qualquer meio, ao cometimento das condutas relacionadas ao “tráfico” ou à utilização das drogas qualificadas de ilícitas. Tipificações assim vagas, que, na legislação brasileira, aparecem em regras constantes da Lei 6.368/76 (hoje a Lei n. 11.343/06), equivalem à indefinição da conduta proibida, o que conflita com o princípio da legalidade. (KARAM, 2006, p. 23).

Os dispositivos mencionados pela autora correspondem, na Lei n. 11.343/06, ao art. 33, §1º, III e ao §2º do mesmo artigo, *in verbis*:

Art. 33. [...]

§1º - Nas mesmas penas incorre quem:

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

§ 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa. (BRASIL, 2006).

Ora, a norma penal supracitada é apenas um dos exemplos que permeiam as legislações penais pátrias e os tratados internacionais sobre o assunto. A abstração das situações previstas nas normas penais aqui tratadas, bem como os seus contornos vagos, retiram “a autolimitação do poder punitivo-judiciário”. O mesmo se verifica, também na lei argentina sobre drogas, a Lei n. 23737/89:

Art. 12º: Será reprimido com prisão de dois a seis anos e multa de seiscientos a doze mil australes:

- a) O que preconizar ou difundir publicamente o uso de entorpecentes, ou induzir a outro a consumi-los;
- b) O que usar entorpecentes com ostentação e transcendência ao público²⁰. (ARGENTINA, 1989). (tradução nossa).

²⁰ Art. 12º: Será reprimido con prisión de dos a seis años y multa de seiscientos a doce mil australes:

- a) El que preconizare o difundiere públicamente el uso de estupefacientes, o indujere a otro a consumirlos;
- b) El que usare estupefacientes con ostentación y transcendencia al público. (AREGENTINA, 1989).

3.3. Princípio da irretroatividade da lei penal

Alguns doutrinadores incluem esse princípio no rol das garantias que compõem o princípio da legalidade. O princípio da irretroatividade da lei penal (art. 5º, XXXIX, da CRFB²¹) garante segurança jurídica aos cidadãos, pois atende ao preceito de que não há crime nem pena sem previsão legal. Tem como exceção o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica (art. 5º, XL, da CRFB²²).

3.4. Princípio da pessoalidade e da individualização da pena

O princípio da pessoalidade da pena vem consagrado no texto constitucional, no art. 5º, XLV²³. A punição pelo cometimento de alguma infração penal não poderá passar da pessoa do infrator. Em outras palavras, esse princípio obsta a condenação por fato alheio, devendo a punição, necessariamente, recair sobre o infrator. Os penalistas Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli afirmam que “a pena é uma medida de caráter estritamente pessoal, em virtude de consistir numa ingerência ressocializadora sobre o apenado” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2007, p. 156).

O princípio da individualização da pena está expressamente elencado no art. 5º, XLVI da CRFB²⁴. Esse princípio garante o cumprimento da pena de acordo com as peculiaridades do agente, e permite ao julgador ajustar a pena cominada, considerando os dados objetivos e subjetivos da infração. Deverá haver equilíbrio entre a gravidade do fato praticado e a sanção imposta, tanto no plano abstrato, com a atuação do legislador, quanto no concreto, com a atuação do juiz.

²¹ Art. 5º, XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. (BRASIL, 1988).

²² Art. 5º, XL – a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu. (BRASIL, 1988).

²³ Art. 5º, XLV- nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido. (BRASIL, 1988).

²⁴ Art. 5º, XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos. (BRASIL, 1988).

3.5. Princípio da humanidade

O princípio da humanidade preceitua que o poder punitivo estatal não pode aplicar sanções que atinjam a dignidade da pessoa humana. Tal princípio constitui óbice para a adoção de penas capitais, de castigos corporais e da prisão perpétua. O apenado não pode ser retirado da sua condição de homem, enquanto sujeito de direitos. Daí o art. 5º, XLVII²⁵ da CRFB vedar a aplicação de penas degradantes e cruéis. Luiz Regis Prado mostra que o princípio da humanidade “apresenta-se como uma diretriz garantidora de ordem material e restritiva da lei penal, verdadeira salvaguarda da dignidade pessoal, relacionando-se de forma estreita com os princípios da culpabilidade e da igualdade.” (PRADO, 2005, p. 153).

Outrossim, qualquer pena que submeta o apenado a condições degradantes, a trabalhos forçados, ou que lhe acarrete violações físicas, como amputação, pena de morte ou castração, por exemplo, são inconstitucionais e afrontam aos princípios da humanidade, da igualdade e da dignidade humana. O mesmo se diz em relação às penas de caráter perpétuo, haja vista que ferem a finalidade da pena de ressocializar o apenado.

3.6. Princípio da intervenção mínima ou da subsidiariedade

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como princípio da subsidiariedade ou da *ultima ratio*, dita que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Não se trata de qualquer bem jurídico a ser protegido pela norma penal incriminadora, mas daqueles imprescindíveis para a pacífica coexistência dos homens. Ainda assim, desde que outras formas de sanção (civis e/ou administrativas) mostrem-se insuficientes para a tutela do bem jurídico específico. Somente com a soma dessas duas condições é que se justifica a intervenção do poder criminalizador. Isso evita a inflação penal, ou seja, o uso excessivo da sanção criminal, o que desacredita a atuação do sistema penal, retirando-lhe a eficiência e tornando-lhe um instrumento inócuo.

²⁵ Art. 5º, XLVII – não haverá penas: a) de morte, salvo em casos de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis. (BRASIL, 1988).

3.7. Princípio da fragmentariedade

O princípio da fragmentariedade apresenta-se como corolário do princípio da subsidiariedade. Por esse princípio, depreende-se que nem todos os bens são protegidos pelo Direito Penal, mas somente os mais valiosos. Daí se dizer que somente as violações contra esses seletos bens jurídicos serão objeto de criminalização. Em outras palavras, a lei penal se limita a castigar as ações mais graves praticadas contra os bens jurídicos mais importantes. Luiz Regis Prado, esclarece “que a fragmentariedade não quer dizer, obviamente, deliberada lacunosidade na tutela de certos bens e valores e na busca de certos fins, mas limite necessário a um totalitarismo de tutela, de modo pernicioso para a liberdade.” (PRADO, 2005, p. 149).

3.8. Princípio da culpabilidade

Esse princípio estabelece que não há crime sem culpabilidade, ou seja, não será possível imputar determinado resultado delituoso a um agente se este não houver obrado, pelo menos, com dolo ou culpa. Ademais, também representa limite ao *quantum* da pena, a qual não poderá ultrapassar a medida da culpabilidade. Segundo Luiz Regis Prado, “a culpabilidade deve ser entendida como fundamento e limite de toda pena.” (PRADO, 2005, p. 146). Desse princípio, decorrem três conseqüências: não há responsabilidade objetiva pelo simples resultado; a responsabilidade penal é pelo fato e não pelo autor; a culpabilidade é a medida da pena.

3.9. Princípio da adequação social

Coerente ao princípio da adequação social²⁶, as condutas consideradas “socialmente adequadas” não podem constituir delitos e, por isso, não se revestem de tipicidade. Embora a

²⁶ A teoria da adequação social foi desenvolvida por Hans Welzel.

conduta prevista em norma jurídica, não lhe será reconhecida a tipicidade, por estar adequada a costumes históricos ou culturais da sociedade. A doutrina, na sua maioria, sustenta ser a adequação social um princípio do Direito Penal, não obstante ao fato de uma minoria sustentar que ela seja um critério de interpretação, e não causa excludente da tipicidade.

3.10. Princípio da insignificância

Por último, o princípio da insignificância (bagatela) dita que é imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal. Portanto, mesmo que uma conduta se amolde a determinado tipo, do ponto de vista formal, poderá ter sua tipicidade afastada, devido à ausência de relevância material para o Direito. Assim como o princípio da adequação social, também é utilizado como critério para a interpretação restritiva da norma penal. Luiz Regis Prado (2005), no entanto, adverte para a possibilidade desses critérios atentarem contra a segurança jurídica, dada a sua imprecisão.

3.11. Princípio da proporcionalidade

O conteúdo temático sobre o princípio da proporcionalidade é extremamente vasto, o que ensejaria uma produção monográfica a respeito. Contudo, atendo à finalidade precípua do presente estudo, limitar-se-á ao esboço dos contornos e a algumas questões interessantes que se colocam acerca desse princípio²⁷.

Cumprido ao Estado o dever de proteção aos bens jurídicos fundamentais, o que legitima a sua intervenção nos casos de violação a esses bens. A intervenção desmedida do Estado pode acabar por violar outros bens jurídicos, os quais também lhe compete o dever de tutela.

²⁷ Algumas questões ainda são discutidas sobre a natureza principiológica da proporcionalidade. Discute-se ter a proporcionalidade natureza jurídica de princípio ou de regra. Sem maior aprofundamento na discussão, infere-se à proporcionalidade a natureza de regra, mormente quando se trata de controle de constitucionalidade dos atos estatais, quando a proporcionalidade apresenta-se como um dever, ou um postulado “normativo-aplicativo”, segundo qualificação dada por Ingo Sarlet. O conceito de regra e princípio adotado, neste ponto, segue o desenvolvimento teórico de Robert Alexy, d’onde se chega ao postulado retromencionado.

Essa violação pode incidir, inclusive, sobre bens jurídicos daquele acusado de violar outros bens jurídicos. Nessa seara, Ingo Sarlet traça contornos ao princípio da proporcionalidade, em uma primeira dimensão, nos seguintes termos:

Esta hipótese corresponde às aplicações correntes do princípio da proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais que, nesta perspectiva, atuam como direitos de defesa, no sentido de proibições de intervenção (portanto, de direitos subjetivos em sentido negativo²⁸, se assim preferirmos). O princípio da proporcionalidade atua, neste plano (o da proibição de excesso, como um dos principais limites às limitações dos direitos fundamentais [...]) (SARLET, 2003, p. 107).

A tarefa de observância do princípio da proporcionalidade inicia-se com o legislador, que deve compatibilizar os meios utilizados com a finalidade pretendida ao elaborar a norma jurídica penal, como forma de legitimação.

O princípio da proporcionalidade, tomado na sua dimensão de proibição de excesso, conforme explanado por Ingo Sarlet, compreende três subprincípios: adequação ou conformidade, como forma possibilitar as condições técnicas de se alcançar determinado fim através daqueles meios escolhidos; a necessidade, que consiste na escolha do meio menos gravoso, ou seja, aquele meio que ao restringir direitos o faça da maneira menos lesiva; e a proporcionalidade em sentido estrito, a que muitos chamam de razoabilidade, e que consiste no equilíbrio, na justa medida entre os fins pleiteados e os meios utilizados.

Valendo-se desses três subprincípios, Luiz Regis Prado conclui “que uma medida é razoável quando apta a atingir os objetivos para os quais foi proposta; quando causa o menor prejuízo entre as providências possíveis, ensejando menos ônus aos direitos fundamentais, e quando as vantagens que aporta superam suas desvantagens.” (PRADO, 2005, p. 150).

Da mesma forma que cumpre ao legislador a estrita observância ao princípio da proporcionalidade (abstrata), também incumbe ao juiz cumpri-la, em concreto, quando da correlação entre o delito praticado e a pena prevista. Com efeito, a medida da pena deve ser correlata à gravidade do injusto penal, ou seja, ao desvalor da ação e do resultado, de forma a manter o equilíbrio e, por conseguinte, respeitar o princípio da proporcionalidade.

²⁸ O autor usa a expressão “direito subjetivo no seu sentido negativo” em decorrência de discussão lançada em tópico anterior da sua obra, acerca da existência de direitos fundamentais objetivos e subjetivos. Em explicação sucinta, sem qualquer intenção de abrir uma discussão sobre o tema, ele relaciona os direitos fundamentais subjetivos à garantia do indivíduo de não ter seus direitos fundamentais violados, ou seja, de criar um campo de blindagem a esses direitos contra violações. Aos direitos fundamentais no seu sentido objetivo, Sarlet atribui a atuação positiva do Estado, em não medir esforços em promover meios que garantam a consecução dos direitos fundamentais.

A doutrina dá maior ênfase ao princípio da proporcionalidade sob o aspecto da proibição de excesso. Contudo, é crescente o entendimento doutrinário acerca de uma segunda dimensão desse princípio, consistente na proibição de insuficiência. Os seus contornos e o contexto da sua existência são traçados por Inglo Sarlet:

Por outro lado, o Estado – também na esfera penal – poderá frustrar o seu dever de proteção atuando de modo insuficiente (isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos) ou mesmo deixando de atuar, hipótese, por sua vez, vinculada (pelo menos em boa parte) à problemática das omissões inconstitucionais. É neste sentido que – como contraponto a assim designada proibição de excesso – expressiva doutrina e inclusive jurisprudência tem admitido a existência daquilo que se convencionou batizar de proibição de insuficiência (no sentido de insuficiente implementação dos deveres de proteção do Estado e como tradução livre do alemão *Untermassverbot*). (SARLET, 2003, p. 107).

Resta-se configurada a violação à proibição de insuficiência quando ocorre alguma omissão do Poder Público, ao deixar de cumprir alguma máxima constitucional, no que tange à proteção dos direitos fundamentais.

Em sede da inobservância do princípio da proporcionalidade pelos tribunais, merece destaque a polêmica que foi travada acerca da possibilidade de concessão de liberdade provisória e da progressão de regime quando há acusação ou condenação por crime classificado como hediondo, segundo a Lei n. 8.072/90 (Lei esta que aparece em outros exemplos no presente estudo, no mais das vezes como alvo de críticas).

Ora, no caso da impossibilidade de concessão da liberdade provisória desconsidera-se que sobre a pessoa recai mera acusação, assim como é mitigado o princípio da presunção de inocência. A impossibilidade da progressão de regime nos crimes definidos como hediondo, por sua vez, somente foi declarada inconstitucional em 2006, abrindo precedente jurisprudencial²⁹, sem, contudo, operar efeito *erga omnes*. Essa restrição fere disposição legal e também viola o princípio da proporcionalidade.

4. INOVAÇÕES TRAZIDAS PELO ART. 28 DA LEI Nº 11.343/06 – O PORTE OU CULTIVO DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO: UMA ABORDAGEM DA POLÊMICA ACERCA DA DESCRIMINALIZAÇÃO DA CONDUCTA

²⁹ A decisão em destaque foi mencionada na nota de rodapé de n. 5.

4.1. Considerações iniciais sobre o tema

Os latino-americanos, talvez pelo seu próprio histórico de dependência a outros povos, em uma constante relação dominados-dominadores, não atingiram o pleno desenvolvimento no campo das ciências em geral, as quais, no curso do seu desenvolvimento, são capazes de adequar a produção intelectual aos anseios e necessidades do povo, na medida das suas particularidades. Essa situação não é diferente no âmbito das ciências penais. O mais fácil de se fazer, e o que comumente ocorre, é importar modelos do direito alienígena e forçar a sua adequação à realidade brasileira. E as conseqüências são nefastas. Talvez pela constante submissão da sociedade a arbitrariedades e à supressão de direitos, os efeitos nocivos não sejam tão claramente perceptíveis. Mas isso perpetua a situação de *caos*, impedindo que haja mudanças no contexto social. Ora, exemplo concreto acerca do que se pretende enfatizar é o constante clamor social por segurança pública, pela extinção da sensação de impunidade. Tudo isso impulsionado pela mídia formadora de opinião. A conseqüência é um intenso trabalho legislativo que cada vez mais mitiga direitos e garantias fundamentais³⁰. Alberto Silva Franco, na introdução feita à obra dos brilhantes doutrinadores Eugênio Raúl Zafaroni e José Henrique Pierangeli, retrata, com absoluta clareza, a situação exposta:

As novas tendências político-criminais, que já influenciaram a legislação positiva dos países centrais, chegaram com extrema rapidez, mercê da extraordinária capacidade de propagação dos meios de comunicação, aos países periféricos, e se adaptaram bem à visão autoritária dos segmentos hegemônicos dominantes. Na própria Constituição Federal, de 1988, o modelo garantístico e o princípio da intervenção penal mínima, que são, sem dúvida, dados caracterizadores do Estado Democrático de Direito, não o foram acolhidos em sua inteireza, admitindo nocivas interferências. “Como entender que possa estar em consonância com o paradigma constitucional uma figura como a do ‘crime hediondo’? Como considerar em coerência com um sistema democrático, fundado na dignidade da pessoa humana, tipos imprescritíveis? (...) (FRANCO *in* ZAFARONI; PIERANGELI, 2007, p. 15-16).

O exemplo analisado pelo autor foi o da Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90), o qual não é o único. Aliás, os exemplos desse modelo de produção legislativa vêm se tornando uma constante no ordenamento jurídico pátrio, com o propósito primordial de

³⁰ Ficam evidentes as violações aos princípios da legalidade, da igualdade, da culpabilidade, da proporcionalidade, da humanidade da pena, da ressocialização. Ou seja, os princípios de ordem formal e material são afrontados.

acalmar os ânimos da sociedade e de promover uma falsa sensação de segurança, ou de paz social.

A legislação antidrogas promulgada recentemente tentou, em termos, retomar o rumo científico e racional da maneira de se tratar e resolver os problemas que surgem na sociedade, sem se submeter a pressões políticas, ideológicas ou sociais. Diz-se isso no tocante ao novo tratamento dispensado ao usuário de drogas. No entanto, refuta-se o tratamento dado ao traficante de drogas, numa clara demonstração de retrocesso legislativo e de mitigação dos direitos fundamentais, buscando mais oferecer uma resposta imediata à sociedade – a título de consolo – do que promover uma atuação mais abrangente, tentando resolver o problema na sua raiz, sem, contudo, violar os direitos fundamentais.

Muitas indagações e posicionamentos doutrinários vêm surgindo desde a promulgação da Lei n. 11.343/06, mormente acerca do art. 28 da referida lei, que dispõe sobre o porte de drogas para consumo próprio. Tratando-se de uma legislação muito recente, a doutrina ainda não se organizou, não sendo muito raro encontrarem-se contradições entre os doutrinadores adeptos a uma mesma corrente.

Fundamental será o estudo dos argumentos apresentados por esses autores, em consonância com os dispositivos da nova lei antidrogas, da Constituição Federal e do Código Penal que se relacionam com o tema ora focado.

A discussão que se trava nesse momento não repercute somente na vida acadêmica, para efeito de estudo comparado. Os efeitos de um posicionamento pela descriminalização ou não do porte de drogas para consumo próprio atingem a eficiência da lei e a tutela dos interesses da sociedade. Tais conseqüências, na maioria das vezes desastrosas, serão abordadas mais adiante.

Notável avanço trazido pela nova lei foi a não-aplicação da pena privativa de liberdade aos portadores de drogas para consumo próprio, em qualquer hipótese. Outros tipos de pena, outrora substitutivas, são agora aplicados como sanção principal. Em um mesmo texto normativo, entretanto, encontramos exemplos de adequação ao discurso do Direito Penal de intervenção mínima e, na contramão desse posicionamento, exemplos de aumento da pena, em uma demonstração de atendimento aos clamores de uma população manipulada pelos meios de comunicação e aos anseios políticos populistas.

4.2. Substância entorpecente - drogas - tóxicos: a nomenclatura adotada pela lei 11.343/06

A abordagem desse tema inicia-se mencionando a mudança do termo *substância entorpecente*, utilizado pela Lei n. 6.368/76, para *drogas*, a nomenclatura que mais se adéqua às tendências de políticas criminais atuais.

Poucos são os trabalhos científicos que se valem da expressão *substância entorpecente*. O autor João José Leal (2007) atribui a difusão do uso dessa expressão ao trabalho de tradução oficial dos textos de convenções internacionais. O autor usa, a título de exemplo, o termo da língua inglesa *drugs*, o qual foi traduzido para o português como *substância entorpecente*, e não como *drogas*.

As produções jurídico-científicas no Brasil costumeiramente valem-se do termo *tóxicos* quando se referem a *substâncias entorpecentes*, termo do qual se valia a revogada Lei de Drogas. Não obstante, o termo *drogas* já vinha ganhando notoriedade e sendo amplamente utilizado, tanto pela Organização Mundial de Saúde quanto pelas recentes publicações jurídicas. A preferência por esse termo restou consolidada com a novel legislação de drogas, tendo sido essa a opção do legislador.

Na antiga lei, o tipo descritivo era “*substância entorpecente* ou que determine dependência física ou psíquica³¹”. Configuraria a materialidade do crime, então, se o objeto fosse uma substância que causasse dependência, mas que não fosse prevista como entorpecente pelo Ministério da Saúde? Essa discussão foi travada na doutrina por um tempo, sendo que uma primeira corrente defendia a materialidade do crime em nome da segurança da sociedade. Deixar-se-ia a cargo do juiz decidir, discricionariamente, sobre a nocividade à saúde da substância encontrada e, por conseguinte, decidir pela configuração ou não do crime. Por outro lado, o entendimento da segunda corrente, o qual prevaleceu, era no sentido da observância do princípio da legalidade³². Passou-se a exigir que para a configuração do crime houvesse previsão taxativa em Portaria do Ministério da Saúde.

A Lei n. 11.343/06 manteve esse entendimento, substituindo, entretanto, o termo *substância entorpecente* por *drogas*. Porém, a exigência de previsão oficial pelo Poder Executivo da União acerca do tipo de substância encontrada foi mantida (art. 1º, parágrafo único da Lei n. 11.343/06³³).

³¹Art. 16. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. (BRASIL, 1976).

³²Sobre o princípio da legalidade, ver item 3.2 do presente trabalho.

³³Art.1º, Parágrafo único. Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União. (BRASIL, 2006).

A decisão do legislador de substituir o já desgastado termo *substâncias entorpecentes* por *drogas* seria totalmente acertada, não fosse um equívoco técnico cometido: o uso do termo *drogas*, no plural, para definir as condutas típicas. Os adeptos a uma interpretação restritiva poderiam sustentar que o uso dessa expressão no plural, pelo legislador, implicaria a necessidade das condutas descritas no art. 28 estarem relacionadas com mais de um tipo de droga concomitantemente. E não seria absurda uma interpretação nesse sentido, haja vista a necessidade de se proceder a uma interpretação restritiva da norma penal. A partir daí, chegar-se-ia à conclusão de que adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo apenas um tipo de droga, para consumo próprio, seria uma conduta atípica.

Entretanto, certamente não foi esse o intuito do legislador. É necessário ater-se ao espírito da lei, *in casu*, que de maneira alguma previu *abolitio criminis* em relação às condutas do art. 28, quando relacionadas a um único tipo de droga.

Ademais, devemos salientar que mesmo não tendo o legislador usado o termo ideal, ou seja, *droga*, no singular, a substituição pela expressão *drogas* representa um avanço, rompendo com aqueles termos antiquados e traçando um objetivo mais claro para a legislação, afastando as controvérsias geradas acerca da antiga nomenclatura.

4.3. A descriminalização do porte de drogas para consumo próprio

O presente ponto terá como marco inicial a apreciação dos argumentos trazidos pela corrente doutrinária que defende a descriminalização do porte de drogas para consumo próprio. Essa corrente tem por precursor o jurista Luiz Flávio Gomes, respeitado estudioso das Ciências Criminais, que conta com muitos adeptos às suas idéias. Para tanto, visando a um melhor esclarecimento sobre o assunto tratado, é imprescindível a leitura do *caput*, dos incisos e do §1º do artigo 28 da Lei n. 11.343/06, que cuida do tratamento dispensado aos portadores de drogas para consumo próprio:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1^a Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica. (BRASIL, 2006).

Luiz Flávio Gomes (2006) defende que a conduta descrita nesse artigo deixou de ser crime, bem como houve a sua despenalização. O argumento principal a sustentar tal entendimento passa pelo artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal (LICP). Esse dispositivo conceitua crime como “a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa.” (BRASIL, 1941). Essa corrente doutrinária sustenta que o fato de o artigo 28 da Lei n. 11.343/06 não prever pena de prisão ou detenção descriminalizou a conduta, por ter fugido ao conceito de crime trazido pela LICP. Tampouco seria uma contravenção penal, haja vista que a mesma LICP estabelece que a sua ocorrência se dá quando a lei comina pena de prisão simples ou de multa para a infração penal.

Como classificar, então, essa conduta, dentro do Direito, se ela deixou de ser crime? O autor responde a partir de uma explicação acerca dos tipos de descriminalização existentes e do próprio conceito de descriminalização. Primeiro, explica que “descriminalizar significa retirar de algumas condutas o caráter de criminosas. O fato descrito na lei penal deixa de ser crime.” (GOMES, 2006). Depois, expõe as três formas de descriminalização de uma conduta, sendo a primeira aquela que mantém a conduta dentro do Direito Penal, retirando-lhe, entretanto, o caráter criminoso. A segunda espécie consiste em transferir uma conduta do Direito Penal para outro ramo do Direito, tornando-a uma infração administrativa. Por fim, a última espécie consiste na descriminalização total, retirando o caráter criminoso da conduta e legalizando-a.

No caso do art. 28 teria ocorrido a descriminalização formal, segundo o autor. Quando isso ocorre, a conduta mantém-se tutelada no Direito Penal, continuando com a classificação de infração penal, porém deixa de ser uma conduta criminoso. Não há, concomitantemente, a legalização da conduta, como ocorreria na terceira espécie de descriminalização citada. Dada a peculiaridade dessa conduta dentro do Direito Penal, Luiz Flávio Gomes a classifica como uma infração penal *sui generis*.

Por sua vez, a despenalização da conduta prevista no art. 28 é ponto em que há maior entendimento entre as correntes doutrinárias. Trata-se de deixar de aplicar a pena de prisão sobre aquela conduta específica, valendo-se de sanções alternativas. Isso não implica a

retirada do caráter ilícito da conduta, mas tão-somente usar de sanções menos gravosas do que a prisão, isto é, usar de medidas educativas. Mais adiante, serão apresentados os argumentos daqueles favoráveis à despenalização, bem como outros argumentos que colocam em dúvida a efetiva ocorrência desse fenômeno.

Na conclusão do seu artigo, Luiz Flávio Gomes mais uma vez explicita a fonte que dá respaldo às suas idéias: o artigo 1º da LICP. Não tendo previsto o art. 28 a pena de reclusão ou detenção, fugindo ao conceito de crime trazido na LICP, tal conduta passa a ser uma infração penal *sui generis*, e não mais uma conduta criminosa.

4.4. A não descriminalização da conduta prevista no art. 28 com enfoque na legislação brasileira

Crime e contravenção penal possuem a mesma estrutura: são condutas típicas, antijurídicas e culpáveis. Diferenciam-se no que tange à pena aplicada, diferenciação essa feita no art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal³⁴. A contravenção se caracteriza por uma conduta menos lesiva que o crime; logo, passível de sanções mais brandas.

A reforma da parte geral do Código Penal, ocorrida em 1984, trouxe outros tipos de penas a serem aplicadas. Classificou as penas em privativas de liberdade, restritivas de direito e de multa (art. 32 do CP). A Constituição Federal de 1988, no inciso XLVI do art. 5º, estabeleceu quais as sanções passíveis de serem aplicadas. As penas previstas são: privação ou restrição da liberdade; perda de bens; multa; prestação social alternativa; e suspensão ou interdição de direitos. Há de se ressaltar que a Constituição ainda possibilitou a criação de outras penas, obedecidas as restrições do inciso XLVII do mesmo artigo, restando claro que o rol nela previsto é exemplificativo, e não taxativo.

Nesse arcabouço de penas trazidas pelos diplomas legais acima citados, equivocada é a intenção de se restringir ao disposto no art. 1º da LICP como única fundamentação jurídica para classificar uma conduta como criminosa ou não. O Código Penal trouxe outras penas a serem cominadas àqueles que incorrerem em crimes, bem como a Constituição também o fez,

³⁴ Art. 1º da LICP: Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

indo além, facultando a criação de outras penas não previstas, respeitados os limites estabelecidos na própria Constituição.

O que se encontra no art. 28 é uma adequação às recentes políticas criminais que buscam restringir a pena privativa de liberdade aos casos em que realmente haja necessidade, de modo a evitar que pessoas que incorram em infrações mais leves sejam submetidas ao defasado, cruel e ineficaz sistema prisional.

A aplicação de penas, até então alternativas, como principais, não configura, de forma alguma, a descriminalização da conduta descrita. Pelo contrário, demonstra uma tentativa do legislador de adequar a norma penal às tendências atuais de restrição quanto à aplicação da pena privativa de liberdade, tendo respaldo na Constituição Federal. Ora, restringir as penas a serem aplicadas ao rol do art. 1º da LICP como forma de manter a natureza criminosa da conduta é desprezar o texto constitucional e o próprio Código Penal. Além do mais, esse dispositivo de lei tem o único propósito de distinguir crime de contravenção penal, e não estabelecer os tipos de penas a se usar no Direito Penal. Em esclarecimentos feitos pelo Min. Sepúlveda Pertence acerca da Lei n. 11.343/06, em decisão no Supremo Tribunal Federal por ocasião do RE n. 430105 QO/RJ, ele sustenta:

Nada impede, contudo, que a lei ordinária superveniente ‘à Lei de Introdução ao Código Penal (grifo nosso)’ adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime – como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 – pena diversa da ‘privação da liberdade’, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de serem adotadas pela ‘lei’ (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII).³⁵ (BRASÍLIA, STF. RE 430105 QO/RJ, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence).

O legislador intitulou o Capítulo III da Lei n. 11.343/06 como *Dos Crimes e das Penas*. Pode-se considerar essa denominação mais um argumento a sustentar que não houve sequer a intenção do legislador em descriminalizar a conduta de porte de drogas para consumo próprio. Luiz Flávio Gomes (2006), entretanto, defende uma ausência de rigor técnico do legislador brasileiro, que usou dessa denominação de maneira equivocada. Para ele, atribuir natureza criminógena à conduta do art. 28 com fulcro no título do referido capítulo seria fazer uma “interpretação literal e isolada do sistema”. Com todo o respeito dedicado ao jurista, entende-se que “interpretação literal e isolada do sistema” é restringir-se a um único artigo da Lei de Introdução ao Código Penal, desprezando o disposto no Código Penal e até mesmo na Constituição Federal, como forma de sustentar a descriminalização da

³⁵ Trecho do voto do Min. Sepúlveda Pertence: STF. RE n. 430105 QO/RJ – acórdão publicado no DJU em: 27/04/2007 – Informativo STF n. 456.

conduta descrita no art. 28 da Lei n. 11.343/06. Ou, ainda, como salientou o Min. Sepúlveda Pertence:

Seria presumir o excepcional se a interpretação da L. 11.343/06 partisse de um pressuposto desprezo do legislador pelo 'rigor técnico', que o teria levado – inadvertidamente – a incluir as infrações relativas ao usuário em um capítulo denominado 'Dos Crimes e Das Penas'. ³⁶ (BRASÍLIA, STF. RE 430105 QO/RJ, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence).

Outro argumento a sustentar a não descriminalização da conduta contida no art. 28 é a adoção, no § 4º desse artigo³⁷, da reincidência, tal como prevista no art. 63 do Código Penal³⁸ e no art. 7º da Lei de Contravenções Penais³⁹. Certo é que a reincidência designada na Lei n. 11.343/06 tem o efeito de dobrar o prazo máximo de cumprimento das penas previstas nos incisos II e III do *caput* do art. 28, passando de 5 (cinco) para 10 (dez) meses. A reincidência consiste no cometimento de novo crime ou contravenção, após ter o indivíduo sido condenado em sentença transitada em julgado pelo cometimento de outro crime, no Brasil ou no estrangeiro, ou por contravenção no Brasil. Luiz Flávio Gomes (2006) sustenta que o legislador usou o termo *reincidência* de maneira popular, ou não técnica, haja vista que os efeitos dessa reincidência não são os mesmos gerados pela reincidência propriamente dita, mas somente de aumentar o prazo máximo de cumprimento das penas de cinco para dez meses. Mais acertado, no entanto, parece o posicionamento do Min. Sepúlveda Pertence (2007), que lembra do art. 12 do Código Penal⁴⁰, o qual dispõe que as regras gerais estabelecidas nesse diploma legal são aplicadas às leis especiais, salvo se nelas houver disposição em contrário. No caso da Lei n. 11.343/06 não houve qualquer regra contrária, prevalecendo, destarte, a mesma reincidência do Código Penal, porém com efeitos diferentes.

³⁶ Para mais detalhes, consultar o relatório apresentado pelo Deputado Paulo Pimenta, Relator do Projeto na Câmara dos Deputados (PL 7.134/02 – oriundo do Senado; www.camara.gov.br). Nesse relatório, o Deputado manifesta estar consciente ao considerar criminosa a conduta do usuário de drogas.

³⁷ Art. 28, §4º. Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do *caput* deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses. (BRASIL, 2006).

³⁸ Art. 63. Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior. (BRASIL, 1984).

³⁹ Art. 7º. Verifica-se a reincidência quando o agente pratica uma contravenção depois de passar em julgado a sentença que o tenha condenado, no Brasil ou no estrangeiro, por qualquer crime, ou, no Brasil, por motivo de contravenção. (BRASIL, 1941).

⁴⁰ Art. 12. As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso. (BRASIL, 1984).

4.5. Uma análise da natureza da conduta prevista no art. 28, segundo o conceito de crime, e outros argumentos que corroboram a tese da não descriminalização da conduta

A posse de drogas para consumo próprio não foi descriminalizada, conforme a análise feita anteriormente, em que se buscou um estudo mais abrangente do art. 28 em consonância com a legislação pátria. Mas essa conclusão também é corroborada se analisarmos a conduta descrita nesse artigo segundo o conceito de crime adotado pelo Direito Penal brasileiro. Para tanto, demonstrar-se-á da forma mais objetiva possível a evolução do conceito de crime, passando pelas teorias do delito, até que se chegue ao conceito atual, fazendo uma síntese histórica do pensamento jurídico-penal que possibilitou o desenvolvimento do conceito de crime.

A denominada teoria do delito explica o conceito e as características que compõem o delito. A importância do seu estudo, é enfatizada por Zaffaroni e Pierangeli:

Esta explicação não é um mero discorrer sobre o delito com interesse de pura especulação; contrariamente atende ao cumprimento de um propósito essencialmente prático, consistente *em tornar mais fácil a averiguação da presença, ou ausência, do delito em cada caso concreto.* (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2007, p. 333).

A escola clássica, segundo Zaffaroni⁴¹ (2007), não passa de uma invenção de Enrico Ferri, um positivista, não tendo efetivamente existido uma escola e, sequer, uma corrente de pensamento. Contudo, ainda que se questione a sua real existência, essa escola é sempre mencionada e explicada pelos doutrinadores penais. Inaugurada por Beccaria, teve em Carrara seu principal pensador, que formulou o que hoje é conhecido como conceito formal de crime. Segundo tal escola, crime é um ente jurídico e abstrato, caracterizado pela violação pelo homem a determinado preceito, surgindo a infração. Funda-se também no livre arbítrio do homem como fundamento da culpabilidade. Crime, em termos simples, é o que a lei diz que é, ficando em destaque neste ponto o princípio da legalidade. A ação torna-se crime, portanto, quando se choca com a lei.

A escola positivista, por sua vez, cujos principais representantes foram Cesare Lombroso (antropologia criminal), Rafael Garofalo e Enrico Ferri, partiu de fenômenos

⁴¹ “Jamais existiu uma ‘escola clássica’, a não ser na invenção de Ferri, e tão-somente ocorreu um enfrentamento entre positivistas e todos aqueles que não compartilhavam de seus pontos de vista.” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2007, p. 260).

biológicos para formular o conceito material de crime. A sua existência e o próprio nome a ela atribuído é questionável, tendo em vista que essa escola muito se afasta do cientificismo atribuído ao positivismo.

A antropologia criminal desenvolvida por Lombroso serviu de base para teorias racistas do crime do nacional-socialismo. Claro que não faz sentido atribuir à teoria lombrosiana a desgraça mundial vivenciada na primeira metade do século XX, haja vista que regimes políticos nesses moldes se instauram através de manipulações ideológicas. Em outras palavras, busca-se em teorias já desenvolvidas pontos específicos que dêem respaldo à instauração de um regime político, o que se intitula manipulação ideológica. Lombroso concluiu com seus estudos⁴² que a delinqüência, na grande maioria das vezes, se devia a um retardamento no desenvolvimento embrionário, que deixava o delinqüente com características tais que ele se enquadrava em uma categoria diferente de seres humanos, ocupava uma “condição subumana na escala zoológica”. Acerca desses caracteres, destacam Zaffaroni e Pierangeli: “Toda a sua antropologia dedicou-se a buscar caracteres animais nos delinqüentes: orelhas em asa, testa “inclinada”, baixa sensibilidade à dor (à qual atribuiu a grande difusão das tatuagens) etc. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2007, p.258).

Enrico Ferri, nome de maior destaque da escola positivista, teve como principal obra a *Sociologia Criminal*. Ferri sustenta em sua teoria um objetivismo valorativo, dando enfoque sociológico ao delito. A responsabilidade penal deriva do simples fato do homem viver em sociedade. Segundo a sua teoria, não há distinção entre imputáveis e inimputáveis, o que deve prevalecer é a defesa da sociedade. Por isso a figura da culpabilidade cede espaço à periculosidade, que cuida da possibilidade de alguém tornar-se autor de um delito.

A teoria defendida por Garofalo é alvo de ferrenhas críticas pela doutrina, considerada por Zaffaroni e Pierangeli como “um platonismo grosseiro e decadente⁴³”. Partindo inicialmente da figura do “delito natural”, Garofalo se vê obrigado a reconhecer o relativismo valorativo, pois é inegável que os delitos variam conforme a cultura, não existindo uma raiz única do delito conforme ele tentou comprovar. Frustrada a sua tentativa, tentou analisar o delito pela via dos sentimentos, caindo na esfera da irracionalidade. Considerou, então, a existência de dois sentimentos básicos: a piedade e a probidade. Todos os delitos seriam

⁴² Cesare Lombroso era médico psiquiatra, italiano, e dedicou-se, especialmente, ao estudo dos caracteres somáticos dos delinqüentes.

⁴³ Nas palavras de Zaffaroni e Pierangeli: “Em síntese, vemos que Garofalo acaba em um direito penal idealista ao estilo platônico, com uma tábua de valores que ele conhece porque tem a sorte de pertencer à ‘civilização superior’, e aquele que a desconheça deve ser morto, na hipótese de que não possa ser tornado inócuo por outros meios. É claro que todo o pensamento de Garofalo pretende partir do materialismo e, por isto, carece da fineza construtiva de Platão. Trata-se de um platonismo grosseiro e decadente.” (Zaffaroni; Pierangeli, 2007, p. 263).

classificados conforme violassem um ou outro desses sentimentos, devendo os violadores serem afastados da convivência social. O pensamento difundido por Garofalo, aliado ao processo de seleção natural desenvolvido por Darwin, e à conveniência do discurso político, serviu para defender absurdos como o processo de segregação de raças na busca de se atingir uma “raça superior”, livre, assim, da criminalidade. Afastar os delinquentes significava impedi-los de passar para frente essa carga genética defeituosa, até que se chegasse a uma geração da “raça superior”.

No contexto do pensamento desenvolvido por essa escola chegou-se ao conceito de delito como sendo um fenômeno natural e biológico, não havendo falar em livre arbítrio, mas, sim, em determinismo. O crime, portanto, é a ação ou omissão que contraria os valores ou interesses do corpo social, exigindo sua proibição com ameaça de pena.

A teoria geral do crime pode ser dividida em quatro fases: a clássica, a neoclássica, a finalista e a analítica. Não são conceitos, contudo, refutáveis, sendo que de certa maneira há uma integração que contribui na construção dos conceitos mais modernos. A construção atual define o crime como uma ação típica, antijurídica (ilícita) e culpável. O esforço na definição do conceito de crime concentra-se mormente na Alemanha do século XIX.

Dentro da escola moderna alemã, Franz Von Liszt propôs a neutralidade entre o livre-arbítrio e o determinismo, impondo ao delincente normal uma pena, e ao perigoso (reincidente e anormal) uma medida de segurança. Tanto a pena quanto a medida de segurança funcionariam como meios repressores ao delito. O renomado penalista Luiz Regis Prado traça a importância do estudo de Von Liszt para o Direito Penal:

Cumprir notar que Von Liszt deu à ciência do Direito Penal uma nova e mais complexa estrutura. Ela vem a ser uma disciplina completa, resultante da fusão de outras disciplinas jurídicas e criminológicas heterogêneas – dogmática, criminologia, política criminal (...). (PRADO, 2005, p. 90).

Primeiramente, será traçado em singelas linhas o desenvolvimento do conceito clássico de delito. Os precursores de tal desenvolvimento são Von Liszt e Beling.

Segundo a estrutura do delito formulada por Von Liszt a ação se restringia a um aspecto objetivo, o injusto penal. Dentro do injusto não havia distinção entre a tipicidade e a antijuridicidade. Ligava-se ao elemento subjetivo, contido na culpabilidade. A intenção na conceituação de ação seguia os ditames da época, numa tendência do positivismo científico. Dessa forma, qualquer elemento valorativo foi afastado do conceito de ação. A culpabilidade correspondia ao reflexo psíquico que a conduta do agente lhe causava, seja como dolo ou

como culpa. Para completar a estrutura do delito, Von Liszt acrescentou o elemento punibilidade, como a submissão a uma pena, no caso de se praticar uma conduta antijurídica e culpável.

O grande ponto frágil do modelo desenvolvido por Von Liszt consistia na possibilidade de se verificar que uma conduta era antijurídica, culpável, mas, depois de verificados esses dois elementos, fosse constatado que a lei não lhe cominava uma pena. Daí a importância da reformulação feita por Ernest Von Beling, que dentro do injusto identificou os elementos da tipicidade separadamente da antijuridicidade. Enquanto a tipicidade dizia respeito à conduta proibida por lei, a antijuridicidade tocava ao choque entre o resultado e a ordem jurídica. Em outras palavras, a tipicidade descrevia a conduta, ao passo que à antijuridicidade correspondia um aspecto objetivo, bem como a incumbência de demonstrar o desvalor da ação. A análise era objetiva: bastava demonstrar que a conduta era típica e que sobre ela não incidia qualquer causa de justificação para demonstrar a antijuridicidade da ação. Por fim, o aspecto subjetivo do crime concentrava-se na culpabilidade, demonstrando se havia vínculo subjetivo entre o autor e o fato.

O conceito neoclássico de delito⁴⁴, embasado na filosofia neokantiana, é um reflexo das constantes transformações sobre o conceito clássico. A começar pelo conceito de ação, cuja concepção, puramente naturalística, constituía o ponto mais frágil do conceito clássico de crime. No campo da tipicidade, descobriu-se os elementos normativos, imbuídos de um conteúdo valorativo, o que implicou um abandono da noção puramente objetiva do tipo. A antijuridicidade, antes puramente formal, representada pela contradição do ato com a norma, passou a contar com um aspecto material, exigindo-se uma determinada danosidade social. A culpabilidade também foi objeto da modificação, na medida em que houve o fenômeno da reprovação pela formação da vontade contrária ao dever, facilitando a solução das questões que a teoria psicológica da culpabilidade não pôde resolver (reprovabilidade, sem desvincular-se do dolo e da culpa).

O conceito de delito no finalismo foi idealizado por Hans Welzel, procurando conduzir a ação humana ao conceito central da teoria do delito. Primeiramente, houve a retirada de todos os elementos subjetivos que integravam a culpabilidade, nascendo para ela, assim, uma concepção puramente normativa. O conteúdo da vontade – dolo e culpa – foi transferido para o injusto, levando a finalidade para a esfera do tipo. Para Welzel, a culpabilidade é inerente ao conceito de crime, podendo-se conceituar o ilícito penal como uma conduta (ação ou omissão)

⁴⁴ Esse modelo, baseado na filosofia neokantiana, foi impulsionado por Gustav Radbruch.

típica, antijurídica e culpável. O modelo pautado na estrutura finalista, proposto por Welzel, é o adotado pelo Código Penal brasileiro de 1940 e foi bem recepcionado pela doutrina pátria.

A elaboração do conceito analítico de crime começou com Carmignani, cuja construção doutrinária formulou um sistema bipartido do delito, dividindo-o em um aspecto objetivo e subjetivo. Porém a efetiva sedimentação do conceito foi feita por Beling, o qual elaborou o elemento da tipicidade. A partir daí, o conceito analítico dominante passou a definir o crime como a ação ou omissão típica, antijurídica e culpável. É o conceito dominante em todo o continente europeu (concepção quadripartida), adotado tanto por finalistas como não finalistas.

Luiz Regis Prado, assim ordena o surgimento dos elementos componentes do modelo analítico:

A ação, como primeiro requisito do delito, só apareceu com Berner (1857), sendo que a idéia de ilicitude, desenvolvida por Ihering (1867) para a área civil, foi introduzida no Direito Penal por obra de Von Liszt e Beling (1881), e a de culpabilidade, com origem em Merkel, desenvolveu-se pelos estudos de Binding (1877). Posteriormente, no início do século XX, graças a Beling (1906), surgiu a idéia de tipicidade.

A Lei de Introdução ao Código Penal brasileiro, ao definir o crime, preferiu fugir ao rigor científico, fazendo a seguinte definição:

Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas alternativa ou cumulativamente. (BRASIL, 1941).

Como se pôde observar, o legislador buscou muito mais diferenciar crime de contravenção penal, deixando a elaboração de seu conceito a cargo da doutrina.

Analisado todo o histórico da definição do crime por parte da doutrina, pode-se discutir sobre a possível descriminalização do uso de drogas, questão objeto do presente estudo. Ora, o porte de drogas para consumo próprio continua sendo uma conduta típica, haja vista estar previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/06. Constatada a tipicidade da conduta, presume-se a sua ilicitude, salvo haja alguma causa que a exclua. Isso porque a ilicitude estabelece uma relação de contrariedade entre o fato típico e o ordenamento legal. Nesse caso, então, chega-se à conclusão de que a conduta do art. 28 também é antijurídica. Por fim, analisando a culpabilidade, em conformidade com a teoria normativa pura, atualmente

adotada pela legislação penal brasileira, verifica-se o juízo de reprovação ao autor da infração. Presentes os elementos de imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa, conclui-se que a conduta descrita no art. 28 também é culpável. Destarte, verificados os três elementos integrantes do crime na conduta ora analisada, não se pode concluir por outro sentido que não pela inocorrência da descriminalização.

Diferente conclusão não se teria se considerada a culpa como pressuposto de aplicação da pena, e não como elemento integrante do crime, como sustenta uma minoritária corrente doutrinária. Ainda que seja feita a análise por esse prisma, a conduta do art. 28 continua sendo classificada como crime.

O autor Davi André Costa Silva (2007), em artigo publicado recentemente, aponta para o erro cometido por Luiz Flávio Gomes ao defender a descriminalização do porte de drogas para consumo próprio. Ele considerou, com acerto, que a conduta constitui um fato ilícito, completando que ela é uma infração “*sui generis*”. Esqueceu-se, contudo, que essa conduta também continua sendo típica e culpável; logo, crime.

Para corroborar a tese de que não houve a descriminalização do porte de drogas para consumo próprio, deve ser mencionado o art. 48, §§ 2º e 3º, da nova Lei de Drogas, que determina que seja o autor do delito conduzido à presença da autoridade judicial e, na ausência desta, o Termo Circunstanciado será lavrado pela autoridade policial de plantão. Não faria sentido algum o autor da infração ser atendido por um Delegado de Polícia se a conduta tivesse sido descriminalizada. Caso contrário, como sustentou Davi André Costa Silva (2007), o legislador teria determinado que o infrator fosse atendido pela autoridade sanitária, quando ausente o juiz plantonista.

A competência para apreciar o processo contra o usuário e julgá-lo é dos Juizados Especiais Criminais, conforme estabelecido pela Lei n. 9.099/95. Como então se pode falar em processo e julgamento pelo Juizado Especial Criminal se a conduta não é mais classificada como crime? Por fim, o art. 27 permite a aplicação isolada ou cumulativa das penas, assim como a sua substituição, desde que ouvidos o Ministério Público e o defensor. Ou seja, a assistência ao usuário é dada pelo seu defensor e indispensável é a consulta ao Ministério Público, de modo a garantir a observância dos seus direitos, o que dá respaldo à tese da não descriminalização.

4.6. Das penas previstas pela Lei n. 11.343/06 para o portador de drogas para consumo próprio e a despenalização⁴⁵ desta conduta

O uso do termo *penas* não parece ter se atido ao rigor técnico. Isso porque o legislador estabeleceu como penas a “advertência sobre os efeitos da droga”; a “prestação de serviços à comunidade”; e a “medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo”. Vários autores têm sustentado que somente a segunda opção punitiva é que resguardou as características de pena, enquanto que as demais opções fugiram ao intuito de penalizar o infrator. Há, ainda, aqueles que entendem que todos os incisos do art. 28 prevêm penas. O consenso é encontrado somente em relação à carência de rigor técnico do legislador. Renato Marcão (2007) destaca que o legislador alterna o uso dos termos *penas* (§§ 3º e 4º) e *medidas* (§§ 1º e 6º). Conclui, no entanto, que consistem efetivamente em penas o disposto nos incisos do art. 28.

A primeira pena estipulada pelo legislador foi a de advertência. A finalidade dessa pena é conscientizar o usuário dos danos à saúde causados pelas drogas, bem como a desestabilização do convívio social e familiar. Muito se tem questionado sobre a eficácia dessa reprimenda, bem como a sua própria natureza de pena. Clóvis Alberto Volpe Filho (2007) traz alguns argumentos até certo ponto interessantes, mas que apresentam equívocos sob alguns aspectos.

O primeiro deles considera que a pena de advertência não atende às características da pena, que são o caráter de retribuição e prevenção. Sendo assim, seria ineficaz em intimidar o consumo de drogas. Em segundo lugar, considera que uma pena dessa natureza iguala o Direito Penal aos demais ramos do direito, violando os princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade. O terceiro e último argumento considera que a pena de advertência foge aos parâmetros do art. 5º, XLVI, da Constituição Federal. Para ele, a Constituição prevê a criação de outras penas dentro do limite máximo da pena privativa ou restritiva de liberdade e do mínimo que é a prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos.

O autor parece ter se equivocado na colocação desse último argumento. O que se percebe no referido dispositivo é um rol exemplificativo das penas possíveis, que faculta,

⁴⁵ Cumpre esclarecer que a doutrina predominante equipara os termos despenalização e descarcerização, tomando um pelo outro. Não obstante, outros apontam para a importância em distingui-los. No objeto ora estudado, se se optar pelo segundo entendimento, deve-se adotar a terminologia “descarcerização”, tendo em vista que a Lei n. 11.343/06 deixou de aplicar a pena privativa de liberdade àqueles que incidirem no tipo penal do art. 28, restando, entretanto, outras modalidades de pena previstas pelo legislador.

ainda, ao legislador, criar outras penas que não as naquele dispositivo legal estabelecidas. Para tanto, não parece ter o constituinte fixado um *quantum* máximo ou mínimo para a criação dessas sanções desde que, por óbvio, sejam observados os limites fixados no inciso XLVII do art. 5º da própria Constituição.

A prestação de serviços à comunidade é a segunda pena estipulada pelo art. 28, no seu inciso II, a qual guarda, efetivamente, todas as características quanto à natureza de pena. Pode ser classificada como uma espécie do gênero penas restritivas de direitos.

A terceira e última pena prevista é a medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Para alguns autores, como Davi André Costa Silva (2007), a classificação dessa pena se assemelha com a prevista no inciso I do art. 28, não se enquadrando nas características necessárias para que adquira natureza de pena. Outros autores, como Renato Marcão (2007) e o próprio Clóvis Alberto Volpe Filho (2007), acreditam que essa medida educativa possui natureza de pena, sendo que este último autor acredita ser essa pena uma subespécie da prestação social alternativa prevista na Constituição Federal.

Mais acertados parecem ser os argumentos trazidos pelos autores Renato Marcão (2007) e João José Leal (2007). Sustentam esses autores que todas as penas adotadas na Lei n. 11.343/06 possuem respaldo constitucional, haja vista ter o legislador constituinte permitido estabelecer “outras penas” além das elencadas no art. 5º, inc. XLVI. Não podem ser classificadas como medidas educativas, “porquanto estabelecidas para aplicação em face do cometimento de ilícito penal, em desfavor de agente maior e imputável”. (MARCÃO, 2007 p. 65). Nada impede que a esses argumentos sejam somadas as novas tendências das políticas públicas criminais, enquanto reduz a carga punitiva sobre o usuário de drogas, afastando a possibilidade de aplicação da pena privativa de liberdade.

4.7. Classificação das medidas despenalizadoras

O objetivo da despenalização de uma conduta é, sem sombra de dúvida, o de evitar a prisão. Davi André C. Silva (2007) apresenta uma interessante classificação das medidas despenalizadoras em grupos. Cada um desses grupos guarda consigo algumas particularidades, principalmente no que tange às conseqüências geradas para o autor do fato.

O primeiro grupo é o da medida despenalizadora própria ou típica, presente, por exemplo, na composição civil dos danos, assim como na suspensão condicional do processo (*sursis* processual). No primeiro caso, sendo o crime de ação penal privada ou pública condicionada à representação, haverá renúncia ao direito de queixa ou representação, caso ocorra a composição civil dos danos. Isso afasta uma possível responsabilização penal. No segundo caso, conforme dispõe o art. 89 da Lei n. 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais), poderá haver suspensão condicional do processo, desde que a pena cominada seja igual ou inferior a 1 (um) ano e, além disso, que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, além de atendidos os requisitos do art. 77 do Código Penal, que trata da suspensão condicional da pena. Com isso, afasta-se a aplicação de qualquer tipo de pena ao acusado, caracterizando a despenalização própria ou típica.

A medida despenalizadora ocorre no caso do art. 88 da Lei n. 9.099/95, que condiciona a ação penal à representação do ofendido. Dessa maneira, não havendo a representação do ofendido, restar-se-á afastada a aplicação da pena.

Como medida despenalizadora imprópria ou atípica, toma-se como exemplo o art. 76 da Lei n. 9.099/95, a qual evita a imposição da pena de prisão, mas ao mesmo tempo tem o condão de impor uma pena restritiva de direitos ao acusado.

Por fim, Davi André Costa Silva (2007) acredita que o art. 28 da Lei n. 11.343/06 traz uma medida despenalizadora mista. Esse dispositivo apresenta, nos incisos I e III, medidas despenalizadoras próprias ou típicas. As penas de advertência sobre os efeitos das drogas e o comparecimento a programa ou curso educativo afastam por completo a aplicação de uma pena, restringindo-se à aplicação de uma medida educativa. O inciso II, por sua vez, representa uma medida despenalizadora imprópria ou atípica, enquanto evita a aplicação da pena de prisão, mas prevê a aplicação da pena de prestação de serviços à comunidade.

4.8. As inconvenientes conseqüências geradas pela lei

Algumas situações embaraçosas podem surgir em virtude da Lei n. 11.343/06. Uma dessas situações é a do agente que, por exemplo, é surpreendido pela autoridade policial portando drogas para consumo próprio e recusa-se a acompanhá-la até o Juizado ou Delegacia de Polícia. Essa recusa, caso se entenda configurar crime de desobediência, frustraria o

propósito da nova lei de evitar qualquer tipo de prisão, mesmo que em flagrante. Note-se que os instrumentos estabelecidos no § 6º do art. 28 não são aplicáveis a esse tipo de situação, a menos que se utilize da interpretação analógica. Isso porque esse dispositivo prevê as penas de admoestação verbal e multa para aqueles que se recusarem a cumprir as penas estabelecidas nos incisos I, II e III do mesmo artigo, e não para situações diversas, como a que foi abordada anteriormente.

Quando se considera que houve *abolitio criminis* em relação à conduta do art. 28, outra situação de difícil solução pode surgir. É cabível busca e apreensão na situação em que a autoridade policial recebe uma *delatio criminis* que aponta para um indivíduo que esteja praticando a conduta do art. 28 no interior da sua residência? Ora, se a Constituição Federal estabelece que no seu art. 5º, inciso XI, que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial” (BRASIL, 1988), como então proceder a autoridade policial se a conduta não se encaixa nas hipóteses em que a Constituição permite entrar na casa de outrem?

Essa segunda situação realmente seria de difícil solução se considerasse ter havido a descriminalização da conduta prevista no art. 28. No entanto, como exposto anteriormente, a conduta continua sendo crime; logo, a autoridade policial encontraria respaldo constitucional e a busca e apreensão seria possível, haja vista estar-se diante de flagrante delito. Já no primeiro caso, não se enxerga solução mais plausível do que a aplicação do art. 28, §6º da Lei n. 11.343/06. Essa solução é a mais condizente com o espírito da lei de evitar a prisão do agente.

5. CONSIDERAÇÕES POLÍTICO-CRIMINAIS E OUTROS ASPECTOS RELEVANTES SOBRE O ART. 28 DA NOVA LEI DE DROGAS

5.1. O modelo proibicionista de “combate” às drogas

O uso e o tráfico de drogas é, sem dúvida, ao lado do terrorismo, uma das questões mais discutidas em todo o mundo. Os norte-americanos são, assim como no tocante ao

terrorismo, aqueles que adotam o modelo proibicionista mais rígido em relação às drogas e, curiosamente, concentram os maiores índices de consumo dessas substâncias no planeta.

O tratamento proibicionista do assunto começou a ser ditado, com maior intensidade, pelas Convenções da Organização das Nações Unidas, embora seja evidente já na Convenção Internacional sobre o Ópio, adotada pela Liga das Nações em 1912. A Convenção de Viena de 1988 referendou a Convenção Única de 1961, instaurando, de vez, a política internacional de controle das drogas. A maioria dos Estados é signatária dessa Convenção, que assegura a liberdade e soberania dos signatários em legislar internamente sobre o assunto, embora trace, indubitavelmente, as diretrizes repressivas a serem seguidas.

A política de “combate” às drogas recebeu esse nome durante o governo Nixon, nos Estados Unidos, que declarou “guerra às drogas”, denominação suficiente a se perceber as constantes violações a direitos fundamentais que daí decorrem.

A Convenção de Viena de 1988 impôs o entendimento da necessidade de se criminalizar a posse de drogas para uso próprio, embora admitisse o tratamento e a recuperação ao usuário.

O que se percebe, segundo ensinamentos do penalista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, lembrados por Elisângela Melo Reghelin (2007), é que o usuário de drogas é visto segundo a perspectiva do binômio doente-criminoso. Não se justifica a imposição de uma Justiça Terapêutica, que segundo Reghelin, “buscam a ‘cura’ do sujeito através da imposição de uma verdadeira medida de segurança travestida de sanção penal [...]” (Reghelin, 2007). Nem sempre o usuário de drogas é dependente químico, o que, não obstante, lhe força a ser submetido a tratamento desnecessário.

O que se observa nos textos legais internos dos Estados, na sua grande maioria, e nas Convenções internacionais sobre o assunto é a atribuição aos usuários da qualidade de doente e de criminoso. Isso não difere da maneira como a sociedade enxerga esses usuários, os quais são vistos ou como doentes ou como potenciais delinquentes.

A tendência sustentada por Reghelin é a da adoção de políticas que visem a redução dos danos, o que atende e respeita à dignidade da pessoa humana, sem contar a sua maior sensatez e razoabilidade. É o posicionamento adotado também por Luiz Flávio Gomes (2002) ao sustentar:

Desde uma visão garantista (jurisdicionalizada) inconcebível obrigar o sujeito a qualquer tipo de medicina, eis se preserva, na otimização da estrutura secular, seu direito à perversidade, seu direito de ser e continuar sendo quem deseja (livre arbítrio, sua capacidade de autodeterminação. (GOMES, 2002, p. 3-4).

A imposição de tratamento é comumente verificada nas legislações sobre drogas, como ocorre na Lei argentina n. 23737/89, que dispõe sobre o controle do tráfico e uso de drogas:

Art. 16º: Quando o condenado por qualquer delito depender física ou psiquicamente de entorpecentes, o juiz imporá, além da pena, uma medida de segurança que consistirá em um tratamento de desintoxicação e reabilitação pelo tempo necessário para esses fins, cessando por resolução judicial, mediante prévio laudo dos peritos que assim o aconselhem⁴⁶. (ARGENTINA, 1989). (tradução nossa).

O Brasil, com o advento da Lei n. 11.343/06, felizmente, abandonou o posicionamento da Justiça Terapêutica, enquanto meio de tratamento. As penas previstas para o usuário (lembrando-se que a conduta não foi descriminalizada) não compreendem no seu rol a submissão coativa do agente da conduta a tratamento medicinal.

O continente europeu segue a passos largos para a descriminalização do consumo de drogas. O maior exemplo concentra-se em países como a Holanda e a Espanha, países em que há muito a conduta foi descriminalizada. O sistema de controle da qualidade das substâncias na Europa é muito rígido, evitando o envenenamento dos dependentes, sobretudo em relação às drogas injetáveis.

Nos países latino-americanos, entretanto, onde se concentram os modelos proibicionistas mais rígidos, a criminalidade relacionada ao tráfico de drogas atinge índices intoleráveis⁴⁷, onde, segundo Reghelin, “costuma-se associar todo usuário a delinqüente e a traficante em potencial.” (REGHELIN, 2007, p. 71). Basta se ater ao combate da Colômbia às Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (FARC), que conta com o apoio dos norte-americanos. A situação não é diferente nos demais países latino-americanos, onde volta a imperar modelos governistas repressores que muito lembram o período ditatorial vivido em todo o continente no século XX. Também é o que se verifica em relação aos Estados Unidos da América, ainda que de forma menos impactante, dado o seu poderio econômico e o alto

⁴⁶ Art. 16º: Cuando el condenado por cualquier delito dependiere física o psíquicamente de estupefacientes, el juez impondrá , además de la pena, una medida de seguridad curativa que consistirá en un tratamiento de desintoxicación y rehabilitación por el tiempo necesario para estos fines, cesará por resolución judicial, previo dictámen de peritos que así lo aconsejen. (ARGENTINA, 1989).

⁴⁷ Sobre esse aspecto, foi abordado anteriormente o impacto desse desequilíbrio na sociedade. Diversos fatores, dentre eles o poderio midiático de persuasão, fazem com que a sociedade clame por sanções mais rígidas e se habitue a criar o perfil lombrosiano de criminoso (negros, usuários de drogas, marginalizados), cada vez mais mitigando os direitos fundamentais de outrem e, sobretudo, os seus.

investimento em saúde e prevenção, mas onde se concentra o maior número de dependentes de drogas do mundo.

Não obstante os contornos apresentados acima sobre os efeitos do proibicionismo, o que se fez imprescindível pela temática abordada, o presente estudo não se propõe a discutir questões acerca das vantagens, desvantagens, riscos e efeitos da descriminalização, até porque ensejaria um estudo específico de maiores proporções, dada a polêmica e a vastidão do assunto.

5.2. Considerações sobre o bem jurídico tutelado e a possível inconstitucionalidade do art. 28 da Lei n. 11.343/06

A fixação do bem jurídico a ser tutelado por uma norma jurídico-penal é condição imprescindível a garantir a sua cientificidade, traçando um nexo entre a norma e a realidade que lhe deu ensejo.

Segundo o princípio da intervenção mínima e da subsidiariedade, somente caberá ao Estado tipificar uma conduta e aplicar-lhe uma sanção em relação a bens jurídicos valiosos que devam ser tutelados e que tenham na norma jurídica um meio eficaz a lhe garantir proteção.

Qual, então, o bem jurídico tutelado pelo art. 28 da Lei n. 11.343/06? Não será outro senão a saúde privada.

Contudo, muito se tem questionado sobre a inconstitucionalidade dessa intervenção do Estado na seara privada. Segundo as lições de Hartmann, trazidas na obra de Reghelin (2007), a supremacia constitucional protege a liberdade individual contra os abusos e arbitrariedades do poder estatal. As intervenções porventura ocorridas devem se dar com observância do princípio da proporcionalidade e da dignidade, garantindo-se, outrossim, o livre desenvolvimento da personalidade.

O art. 5º, inciso X da CRFB protege a liberdade e a privacidade individual, ao dispor:

Art. 5º, X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente da sua violação. (BRASIL, 1988).

O texto constitucional que assegura a vida privada e a intimidade, somado ao princípio da intervenção mínima e da proporcionalidade, leva alguns doutrinadores a sustentarem a inconstitucionalidade do disposto no art. 28 da Lei n. 11.343/06. Nesse sentido, atentando para a necessidade da observância da supremacia da norma constitucional, adverte Hartmann:

Parece-nos que o direito fundamental à liberdade é flagrantemente superior, supremo, analisado sob a ótica do Estado Democrático de Direito, onde democracia, numa concepção moderna, significa respeito às diferenças. Mais ainda, quando é exercido sequer atingindo direitos de terceiro. (HARTMANN *apud* REGHELIN, 2007, p. 67).

Manter uma conduta criminalizada, nesses moldes, leva ao descrédito do Direito Penal, atribuindo-lhe função meramente simbólica. E isso se fez notar com a recente descriminalização da conduta adulterina, que não exercia função alguma condizente com a realidade social. Ademais, outros exemplos a serem citados são o da não imputação pelo cometimento de suicídio ou a autolesão, salvo no caso de cometimento de fraude para recebimento de indenização ou valor de seguro, o que demonstra o resguardo à vida privada e o não-alcance, nesta seara, da intervenção estatal.

A conduta criminalizada pelo art. 28 muito se aproxima das figuras acima mencionadas, uma que recentemente foi retirada da esfera criminal, no caso do adultério, e o suicídio e a autolesão, somente imputáveis quando violadoras dos direitos de terceiros. Segundo entende Maria Lúcia Karam:

A simples posse para uso pessoal das drogas qualificadas de ilícitas, ou seu consumo em circunstâncias que não envolvam um perigo concreto, direto e imediato para terceiros, são condutas que não afetam nenhum bem jurídico alheio, dizendo respeito unicamente ao indivíduo, à sua intimidade e às suas opções pessoais. Não estando autorizado a penetrar no âmbito da vida privada, não pode o Estado intervir sobre condutas de tal natureza, ainda mais através da imposição de uma sanção, qualquer que seja sua natureza ou sua dimensão. Enquanto não afetar concretamente direitos de terceiros, o indivíduo pode ser e fazer o que bem quiser. (KARAM, 2006, p. 23).

5.3. Dos princípios constitucionais violados pela Lei n. 11.343/06

A “guerra às drogas” instaurada e fortemente difundida no mundo faz com que as legislações infraconstitucionais que tratam sobre o assunto, e também as Convenções internacionais, violem princípios consagrados na ordem constitucional. O emprego de

elementos normativos genéricos e sem precisão semântica, como ocorre nos §§1º, inciso III e 2º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, já mencionados no Capítulo II, item 2 do presente estudo, viola o princípio da taxatividade.

O segundo princípio violado é o da humanidade. O texto normativo deve respeitar a dignidade da pessoa humana, não submetendo o apenado a situações degradantes. O flagrante desrespeito a esse princípio é observado mormente no novo tratamento dispensado ao agente que comete o crime de tráfico, onde houve majoração exacerbada na pena em relação à revogada Lei n. 6.368/76.

Conforme exposto no tópico anterior, a nova lei de drogas, no que tange ao art. 28, incriminou condutas atinentes à esfera privada, condutas essas que não lesam qualquer bem jurídico, o que mostra violação ao princípio da lesividade.

Por fim, violou-se o princípio da presunção de inocência, ao prever crimes de perigo abstrato e, ainda, por vedar a liberdade provisória no crime de tráfico, o que priva o acusado da sua liberdade sem o prévio julgamento e condenação.

6. CONCLUSÃO

A Lei de drogas brasileira, que entrou em vigor no ano de 2006, inovou em relação a toda a matéria normativo-penal produzida até então no Brasil. Isso porque pela primeira vez penas que até então eram aplicadas de forma substitutiva, passaram a ser impostas como principais.

A restrição da aplicação da pena privativa de liberdade a casos mais relevantes, seja pelo maior valor do bem jurídico tutelado ou pela extensão danosa do delito, faz com que cada vez mais se consolide o entendimento da ineficácia da pena privativa de liberdade, que já teve o seu tempo, não mais atendendo aos anseios sociais, à finalidade ressocializadora da pena e aos princípios garantistas.

Toda inovação pode ensejar dúvidas, o que não foi diferente com a Lei n. 11.343/06. Ergueu-se a bandeira da descriminalização do porte de drogas para consumo próprio, conduta tipificada no art. 28 da referida lei. Buscou-se na Lei de Contravenções Penais fundamento a respaldar a tese da descriminalização, sob o argumento de que, não havendo pena privativa de liberdade para a conduta, não há falar-se em crime. Contudo, através de um abrangente estudo que passou pela Constituição Federal, pelo Código Penal, pela própria Lei n. 11.343/06 e

pelas teorias do delito concluiu-se que, embora não mais se comine a pena privativa de liberdade às condutas do art. 28, não se pode afirmar que houve descriminalização da conduta.

Os argumentos a corroborar essa tese são inúmeros. Primeiramente foram analisados dispositivos da Constituição Federal e do Código Penal que possibilitam a adoção pelo legislador de penas alternativas, sejam aquelas fixadas no rol previsto nesses diplomas legais, ou outras criadas a critério do legislador, observando-se sempre, por certo, as restrições constitucionais acerca das penas cruéis, de caráter perpétuo ou que submetam o apenado a trabalhos forçados (art. 5º, XLVII da CRFB).

Verificou-se, ainda, que a conduta dos art. 28, por óbvio, é típica, antijurídica, na medida em que contraria o direito posto, e culpável, atendendo, outrossim, aos requisitos essenciais para a configuração da figura delitiva. Ademais, o próprio texto legal sobre drogas traz inúmeras menções ao tratamento da conduta como criminosa, como na intitulação do Capítulo III do Título III como “*Dos crimes e das penas*”. Também se verifica na mencionada lei institutos peculiares ao Direito Penal que se aplicam aos casos de crime, como o instituto jurídico da reincidência por exemplo. Ainda que ela gere efeitos diferentes segundo a Lei de Drogas e o Código Penal, o instituto jurídico é o mesmo, o que fortalece a tese da não descriminalização da conduta.

No que tange à terminologia utilizada pelo legislador, concluiu-se que o mais adequado seria *droga*, no singular, em vez de *drogas*, como foi feito. Dessa maneira, restaria afastada por completo qualquer divergência interpretativa acerca da conduta típica. Contudo, não se nega o avanço obtido nesse sentido, ao deixar para trás as terminologias *substância entorpecente e tóxicos*, pouco condizentes com a atual realidade.

Toda essa discussão não pôde ser feita sem que fossem abordadas as garantias individuais previstas na Constituição Federal contra os atos arbitrários do Estado. Para tanto, tomou-se como referência a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil. Além desse princípio mestre do ordenamento jurídico, foram estudados os direitos fundamentais e os princípios constitucionais. A atividade do Estado, conforme foi exaustivamente discutido no presente trabalho, deve respeitar os direitos fundamentais do indivíduo. Ademais, os direitos fundamentais não se restringem a essa perspectiva subjetiva, no sentido de serem resguardados frente ao Estado, mas, também, exigem que o próprio Estado atue de forma eficaz a garantir a consecução desses direitos, o que corresponde à dimensão objetiva dos direitos fundamentais e do próprio princípio da dignidade da pessoa humana.

Com efeito, observou-se que os direitos fundamentais que receberam larga proteção após a Segunda Grande Guerra pelas Convenções internacionais e pelas legislações internas, passam atualmente por uma crise. Isso se deve às constantes investidas contra o terrorismo e contra as drogas, onde cada vez mais os direitos fundamentais são mitigados em nome da falsa sensação de segurança. Leis criadas de maneira irracional, atendendo ao clamor social por segurança pública, contribuem para que os direitos fundamentais sejam suprimidos, retirando cada vez mais do indivíduo a sua existência digna.

No que tange à repressão às drogas, sustentou-se que os modelos proibicionistas adotados nos países latino-americanos e nos Estados Unidos da América são violadores de direitos fundamentais. Modelos extremamente repressivos, que ensejam legislações extremamente rigorosas abandonando por completo a observância aos direitos fundamentais e violando princípios como o da taxatividade, o da intervenção mínima, o da proporcionalidade, o da humanidade, enfim, criando mecanismos que não só se apresentam inócuos a reduzir o consumo de drogas e outros crimes decorrentes desse proibicionismo, como fomentam as violações aos direitos fundamentais.

Por fim, foram abordados argumentos que apontam para a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei n. 11.343/06. O art. 5º, inciso X da Constituição Federal, assegura ao indivíduo o direito à vida privada e à intimidade, o que se faz inviolável pelo Estado, salvo quando ofendido direitos de terceiros. No caso em tela, onde há consumo de drogas, não teria o Estado o poder de invadir a esfera privada, haja vista não haver lesão a direitos de terceiros. Essa intervenção, portanto, restaria contrária ao dispositivo constitucional mencionado. Como ela é regulada pelo art. 28 da Lei n. 11.343/06, este estaria em contradição com o texto constitucional. Ademais, em se considerando a inconstitucionalidade dessa intervenção na intimidade, o art. 28 não mais teria bem jurídico a ser tutelado, perdendo a sua razão de ser, haja vista que, em tese, se atribui ao respectivo dispositivo a tutela à saúde privada.

Em situações similares ao consumo de drogas estão condutas como o adultério, que recentemente foi descriminalizada, o suicídio e a autolesão, salvo quando esta última tem o condão de cometer fraude para o recebimento de indenização ou o valor de seguro, o que, evidentemente viola direitos de terceiros. Ou seja, ressalvados os direitos de terceiros, o consumo de drogas pertence à vida privada do indivíduo, sendo, outrossim, inviolável pelo Estado.

Essa discussão travada, no entanto, teve o propósito de levantar na doutrina o máximo de controvérsias postas com o advento da Lei n. 11.343/06. Não se teve a pretensão no estudo de tomar partido pela legalização ou não do consumo de drogas, tampouco de exaurir a matéria, até porque uma discussão nessas proporções ensejaria maior aprofundamento.

ABSTRACT

This study approaches the important aspects of the Law n. 11.343/06, entitled Law of drugs. The main focus is in the article 28 of the mentioned law, objective of larger controversy in the doctrine and in the jurisprudence. The occurrence of the not crime existence of the conduct of ownership of drugs is questioned for own consumption, as well as the occurrence of your not application of the privation freedom feather. Some norms contained in the Federal Constitution, in the penal code, in the Law of Introduction to the penal code and in the legislation of drugs, the ransom to the constructions of the theories of the crime, and peculiar juridical institutes of the Penal Right and presents in the new law of drugs, as the reiterated crimes, they form an enough group of foundations to sustain the non occurrence of the not crime existence of the described in the article 28. Still, prominence falls to the innovation brought by the law, that for the first time foresaw featherses that until then were applied instead of as main featherses, abandoning the ineffective model of the private feather of freedom for the crimes of smaller damage to the juridical goods. It is questioned, likewise, the conformity in front of the Constitution of that same art. 28 of the Law n. 11.343/06, which, to the turn crime the conduct exclusively to the individual's private life it violates the art. 5th, X of the Federal Constitution. The study approaches, still, the beginning of the human person's dignity and the fundamental rights, concerning your observance or not for the new legislation of drugs. For so much, it launches a historical reconstruction of that beginning and your consolidation in the juridical laws, starting to protect the person against arbitrary performances of the State. At the same time, in your objective dimension, imposes to the State an effective performance in the sense of guaranteeing the full exercise of the fundamental rights and of the human person's dignity.

Key-words: drugs; Law 11.343/06; human dignity.

7. BIBLIOGRAFIA

ARGENTINA. **Lei 23737/89**. Disponível em

<http://www.facaf.org.ar/main/utiles/leyes/ley23737.htm> Acesso em: 26 abr. 2008.

BARRETO, João de Deus Lacerda Menna. **Lei de tóxicos: comentários por artigo**. 5. ed. atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil : (promulgada em 5 de outubro de 1988) : volume 1 : pré-constitucionalismo, o Estado, Constituição : arts. 1 a 4 / Celso Ribeiro Bastos, Ives Gandra Martins**. São Paulo: Saraiva, 1988.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal: parte geral**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BONAVIDES, PAULO. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOREAN, Damián Pablo; MARTÍNEZ, Santiago. **El caso de drogas para consumo personal en la justicia federal penal de la Ciudad de Buenos Aires: hacia un criterio de oportunidad 'informal'?** Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, Brasil, v.15, n.65, p. 26-51, mar./abr. 2007.

BRASIL. **Código Penal**. 10ª ed., São Paulo: Rideel, 2004.

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 20 maio 2007.

BRASIL. **Decreto-lei n° 3.914**, de 9 de dezembro de 1941. Lei de Introdução ao Código Penal (Decreto-lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940) e à Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei n° 3.688, de 3 de outubro de 1941). Vade Mecum, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. **Lei 6.368**, de 21 de outubro de 1976. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L6368.htm>> Acesso em: 31 mar. 2008.

BRASIL. **Lei n° 11.343** de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm> Acesso em: 05 jul. 2007.

DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. **Penas alternativas**. Revista Síntese de Direito Penal e Processo Penal, Porto Alegre, v. 3, n. 18, p. 42-44, fev./mar. 2003.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FILHO, Clóvis Alberto Volpe. **Considerações pontuais sobre a nova Lei Antidrogas (Lei n° 11.343/2006) – Parte I. Primeira parte de uma série de análises pontuais sobre a novíssima Lei Antidrogas sancionada no dia 23 de agosto de 2006**. Disponível em : <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/28/68/2868/>. Acesso em: 15 jul. 2007.

GOMES, Luiz Flávio. **Nova competência dos juizados criminais e seus reflexos práticos**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, ano 9, n. 110, p.3-4, jan. 2002.

GOMES, Luiz Flávio. **Nova lei de Drogas: descriminalização da posse de drogas para consumo pessoal**. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. 31 out. 2006. Acesso em: 09 jul. 2007.

GOMES, Luiz Flávio; SANCHES, Rogério Cunha. **Posse de drogas para consumo pessoal: crime, infração penal “sui generis” ou uma infração administrativa?** Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. 12 dez.2006. Acesso em: 15 jul. 2007.

GOMES, Luiz Flávio. **Tóxico: Nossa legislação virou uma “colcha de retalhos”**. Revista Síntese de Direito Penal e Processo Penal, Porto Alegre, v. 3, n. 15, p. 13-15, ago./set. 2002.

GOMES, Luiz Flávio. **Usuário de drogas: transação, descumprimento, reincidência e sentença condenatória**. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. 06 nov. 2006. Acesso em: 15 jul. 2007.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito Penal: parte geral. 9. ed. (Coleção sinopses jurídicas; v. 7). São Paulo: Saraiva, 2004.

GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos: prevenção, repressão**. 11. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1996.

JOVELI, José Luiz. **Nova lei de tóxicos: as questões da desobediência, resistência e da busca e apreensão em face da posse de droga para consumo pessoal**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8859>. Acesso em: 09 jul. 2007.

KARAM, Maria Lúcia. **Drogas e redução de danos**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v.15, n. 64, p. 128-144, jan./fev. 2007.

KARAM, Maria Lúcia. **Política e legislação de drogas: aspectos dogmáticos e criminológicos**. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, ano 6, n. 23, p.77-90, 2006.

LEAL, João José. **Política Criminal e a Lei 11.343/2006. Novo Conceito de Substância Causadora de Dependência**. Disponível em: www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1586. Acesso em: 09 jul. 2007.

LEAL, João José. **Política Criminal e a Lei nº 11.343/2006: descriminalização da conduta de porte de drogas para consumo pessoal? Análise do art. 28, da Lei Antidrogas, que substituiu a pena privativa de liberdade pelas medidas de advertência, prestação de serviços comunitários ou educativas, no caso do crime de consumo pessoal de drogas**. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/29/22/2922/>. Acesso em: 09 jul. 2007.

MARCÃO, Renato. **Tóxicos: Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006 – nova lei de drogas**. 4. ed. reformulada. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro, volume 1: parte geral**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RANGEL, Mário Guaraci de Carvalho. **Lei de tóxicos: comentários e aspectos internacionais**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

REGHELIN, Elisangela Melo. **Consideração político-criminais sobre o uso de drogas na nova legislação penal brasileira**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v.15, n. 64, p. 57-77, jan./fev. 2007.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **O Direito à Vida Digna**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

ROCHA, Eduardo Carraro. **Tóxico: Porte de substância x princípio da insignificância**. Revista Síntese de Direito Penal e Processo Penal, Porto Alegre, v. 3, n. 17, p. 25-30, dez./jan. 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e proporcionalidade: O direito Penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência**. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, ano 3, n. 12, p. 86-121, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, Davi André Costa. **Art. 28 da Lei nº 11.343/06. Do tratamento diferenciado dado ao usuário de drogas: medida despenalizadora mista**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8949>. Acesso em: 09 jul. 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

SANTOS, J. W. Seixas. **Lei antitóxicos comentada**. 3. ed. rev. e atual. Leme: LED, 1996.

TAVARES, Juarez. **Crítérios de seleção de crimes e cominação de penas**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ed. Especial, Revista dos Tribunais, 1993.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Consulta à Jurisprudência. Disponível em <http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt/> Acesso em 12 de agosto de 2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro*, Rio de Janeiro, Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.